Sammlung

der

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichts zu Lübeck

in

Frankfurter Rechtssachen

mit Berücksichtigung

der Erkenntnisse der früheren Instanzen.

Herausgegeben

von

Dr. Joh. Jac. Römer.

Adv. ord.

Dritter Band,

enthaltend den Zeitraum der Jahre 1855, 1856, 1857 u. 1858.

Frankfurt a. M.

Ferdinand Boselli.

1861.

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1855.

I.

Dorothea Maria Kremenz, vorher verehelichte Hahn und Michel, geb. Stamminger dahier, Klägerin und Widerbeklagte

contra

Anna Elisabetha Horst, geb. Schwalb von Hanau, Beklagte und Widerklägerin.

Anna Juliana Hahn, geb. Winter, Ehefrau des Joh. Georg Hahn, starb am 17. Nov. 1851 mit Hinterlassung eines Testamentes, in welchem Anna Elisabetha Horst als Erbin eingesetzt, der seine Ehefrau überlebende Joh. Georg Hahn aber von der Statutgebühr ausgeschlossen war. Dieser protestirte zwar gegen die Enterbung, nachdem ihm das Testament am 21. Jan. 1851 durch das Gericht mitgetheilt war, starb aber am 12. Okt. 1852, ohne das Testament angefochten zu haben. Den Nachlaß des Joh. Georg Hahn trat dessen Mutter Dorothea Maria Kremenz cum beneficio inventarii an. Die letztere verlangt nun klagweise den Betrag von fl. — per Jahr vom 25. April 1848 bis 22. Okt. 1850, weil sie bei der Verheirathung ihres Sohnes demselben eine Wirthschaft sammt Inventar überlassen, sich jedoch eine Miethe von fl. — per Jahr ausbedungen habe. Die Beklagte, — soweit diese Streitsache für das oberappellationsgerichtliche Urtheil in Betracht zu ziehen ist, — opponirt die Einrede, daß sie nur die Hälfte des eingeklagten Betrags zu zahlen habe, da die andere Hälfte als Eheschuld von dem verstorbenen Joh. Georg Hahn, resp. jetzt dessen Erbin übernommen werden müsse. Auf eine Widerklage, dem verstorbenen Joh. Georg Hahn die Statutgebühr aus dem Nachlasse seiner Ehefrau abzuerkennen, versucht Widerbeklagte sowohl Einredeweise das Testament anzufechten, als auch ein Restitutionsgesuch deß-

halb zu begründen, weil die sechsmonatliche Frist zur Anfechtung des Testamentes abgelaufen war.

Das Stadtgericht verurtheilte am 12. Aug. 1853 die Beklagte nur zur Zahlung der Hälfte des eingeklagten Betrages, verwarf die verspätete Anfechtung des Testaments der Juliana Hahn und wies das Restitutionsgesuch als grundlos zurück.

Auf Appellation der Klägerin bestätigte das Appellationsgericht am 19. Okt. 1853 das stadtgerichtliche Urtheil, während auf Oberappellation der Klägerin unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 22. Januar 1855 die untergerichtliche Entscheidung insoweit abänderte, daß die Beklagte die ganze eingeklagte Miethzinsforderung nach Abzug dessen, was die Klägerin bis zur Hälfte dieser Summe aus dem Nachlasse ihres Sohnes Joh. Georg Hahn empfangen habe, zu berichtigen habe.

1. Ausnahme von der in dem Falle eintretenden Confusion, daß ein Gläubiger mehrere correaliter verpflichtete Schuldner hat und einen derselben beerbt. Bedingungen der Beneficialerbantretung. Wirkungen derselben in Bezug auf die Confusion.

Die Klägerin macht gegen die Entscheidung des Stadtgerichtes, „daß die Beklagte aus dem Grunde, weil die Klägerin Erbin ihres für die fragliche Forderung mitverpflichteten Sohnes geworden, nur noch für die Hälfte aufkommen solle“, geltend,

1. daß die fragliche Miethschuld eine solche sei, für welche, weil sie zum Behuf der ehelichen Nahrung contrahirt sei, die verstorbene Frau Hahn solidarisch gehaftet habe, und folglich auch die Beklagte als deren alleinige Erbin solidarisch haften müsse. Sie scheint sich also auf den Grundsatz berufen zu wollen, daß, wenn von zwei correi debendi auch der eine von dem Gläubiger beerbt wird, gleichwohl ungeachtet der ihm gegenüber eingetretenen confusio die Forderung auf das Ganze gegen den übrigbleibenden correus bestehen bleibe.

L. 71 pr. D. de fidejussor. (46, 1)

Allein bekanntlich leidet dieser Grundsatz dann eine Ausnahme, so daß wirklich die Forderung pro rata des verstorbenen und vom Gläubiger beerbten correus indirect aufgehoben wird, wenn die

correi in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen, daß der, welcher das Ganze geleistet hat, von dem Andern pro rata Ersatz fordern kann, und in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen Ehegatten in Beziehung auf Eheschulden unstreitig. Dieser Grund schlägt also nicht durch. Nun beruft sich die Klägerin aber

2. auch darauf, daß sie den Nachlaß ihres Sohnes nur cum beneficio inventarii angetreten habe, und nach dem errichteten Inventar der Nachlaß lange nicht die Hälfte der eingeklagten Forderung betrage. Und diesem Einwand ist von den vorigen Richtern nicht die gehörige Berücksichtigung zu Theil geworden.

Was zuvörderst die Bedingungen des Beneficiums betrifft, so sind diese von der Klägerin zwar nicht erfüllt, indem dieselbe erst am 30. November, mithin erst fast 7 Wochen nach dem am 12. Okt. erfolgten Tode ihres Sohnes mit dem Antrage auf Inventur seines Nachlasses eingekommen ist, während das Frankfurter Recht hierzu eine Monatsfrist vorschreibt.

Ref. VI. 3 § 1.

Allein die Reformation bedroht die Nichteinhaltung dieser gesetzlichen Frist, abweichend von dem gemeinen Rechte, nicht mit dem Verluste des Beneficiums, sondern nur mit einer Geldstrafe.

Anlangend aber die Wirkungen der Antretung cum beneficio, so führen diese — nämlich daß die Forderung des Erben an den Erblasser nicht durch Confusion erlischt, und daß der Erbe nicht ultra vires hereditatis haftet — an sich nothwendig dahin, daß im vorliegenden Falle die Beklagte wegen der ganzen Mietheforderung mit alleinigem Abzuge dessen, was der Klägerin aus der Erbschaft ihres Sohnes zugekommen ist, in Anspruch genommen werden kann. Denn es liegt der Grund, warum trotz des Todes des einen correus und dessen Beerbung durch den gemeinschaftlichen Gläubiger in dem Falle, wenn beide correi in einem Societätsnexus standen, der Gläubiger von dem überlebenden correus nur die Hälfte fordern kann, einzig und allein darin, weil er ihm als Erbe des Verstorbenen die andere Hälfte doch wieder erstatten müßte. Braucht die Klägerin als Beneficialerbin der Beklagten nun aber nur das herauszuzahlen, was sie aus dem Nachlasse ihres Sohnes erhalten hat, so kann sie das Uebrige ein-

klagen und zwar ist, da gegen die Beklagte rechtskräftig feststeht, daß sie die Hälfte der Mietheforderung, soweit begründet, jedenfalls bezahlen muß, die Verpflichtung der Klägerin sich das von ihrem Sohne Ererbte anrechnen zu lassen, bis auf diese Hälfte zu beschränken.

Das Stadtgericht erkannte:

Da die Solidarverpflichtung der Hahn'schen Ehefrau nur der Gläubigerin als solcher gegenüber bestanden hat und der Ehemann als Mitschuldner für die Hälfte verhaftet war, so folgt, daß die Klägerin, nachdem sie Erbin ihres Sohnes geworden ist, dessen halben Antheil an jener Schuld sich aufrechnen lassen muß, mithin auch gegen den Nachlaß ihrer Schwiegertochter nur die andere Hälfte einklagen kann.

2. Frist zur Anfechtung eines Testamentes wegen widerrechtlich entzogener Statutgebühr.

Die zweite Beschwerde geht dahin, daß in reconventione der mittelst Anfechtung des Testaments ihrer Schwiegertochter geltend gemachte Anspruch auf die Statutgebühr ihres Sohnes als verspätet und das deßfallsige Restitutionsgesuch als unbegründet verworfen worden sei.

Zunächst mußte sich hier die Frage aufdrängen, ob es zuläßig sei, cumulativ zwei Ansprüche, die Miethzinsforderung und die Forderung der Statutgebühr geltend zu machen, welche, da die Klägerin mit der Statutgebühr die Verpflichtung übernehmen würde, alle Eheschulden, also auch den eingeklagten Miethzins zu bezahlen, und daher die Einklagung des Miethzinses gegen die Testamentserben die Anerkennung der Ausschließung ihres Sohnes von der Statutgebühr involvirt, in directem Widerspruche mit einander zu stehen scheinen. Indessen konnte diese Frage auf sich beruhen bleiben, da die vorigen Richter den Anspruch der Klägerin auf die Statutgebühr mittelst Anfechtung des Testamentes ihrer Schwiegertochter mit Recht als verspätet zurückgewiesen haben.

A. Die im vorliegenden Falle einzuhaltende Frist beträgt sechs Monate.

1. Allerdings zwar finden sich unter der in der Ref. IV. Titel 9 aufgeführten Fällen, in welchen Testamente angefochten werden können und für welche in dem folgenden 10. Titel die Anfechtung binnen einer halb-, resp. einjährigen Frist vorgeschrieben ist, der Fall einer widerrechtlichen Entziehung der Statutportion nicht speciell mit aufgeführt. Allein der § 1 des 10. Titels besagt nicht, daß jene Anfechtungsfrist nur in diesen Fällen eingehalten werden solle. Da nun der im § 1 angeführte Grund für die Bestimmung der vom gemeinen Rechte abweichenden kurzen Frist, damit nämlich die Erben und Legatare nicht für und für deßhalb in Sorgen stehen müssen, auch in Fällen entzogener Statutgebühr eintritt, so hat es schon an sich alles für sich, diesen Fall nach der Analogie jener anderen Fälle zu behandeln. Dazu kommt

2. daß für die Anfechtung von Testamenten aus anderen Gründen, als den im Titel 9 des 4. Buches namhaft gemachten, in der Reformation überall keine besondere Frist bestimmt ist, mithin, wenn man bei Testamentsanfechtung wegen entzogener Statutportion den Titel 10 cit. nicht anwenden wollte, nichts übrig bleiben würde, als die höchst unwahrscheinliche Annahme, daß es für diese Anfechtung bei der gemeinrechtlichen Verjährungszeit von 30 Jahren habe bleiben sollen. Auch findet sich in vielen der Frankfurter Reformation nahe verwandten Rechten die kurze einjährige Frist ganz allgemein für alle Testaments-Anfechtungen vorgeschrieben.

Nürnberger Reform. von 1564 Theil III. Titel 29.

Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken von 1618 § 57.

Hohenloher Landrecht von 1738 Theil IV. Titel 9 § 3.

3. Man kann auch nicht etwa einwenden, daß nach der Bestimmung der Reformation Theil V. Titel 7 der widerrechtliche Ausschluß eines Ehegatten von der Statutgebühr nicht sowohl das Testament nichtig mache, als vielmehr unbeschadet der übrigen Gültigkeit des Testaments, selbst kraftlos und nichtig sein solle, die im Theil IV. Titel 9 aufgeführten Fälle dagegen solche seien, wo das Testament selbst entweder gleich Anfangs nichtig ist oder es später wird. Denn auch hier finden sich solche Fälle aufgeführt, in

denen das Testament nur theilweise nichtig wird, theilweise dagegen bestehen bleibt.

Titel 9 cit. § 5. 6. 7.

Endlich

4. kommt in Betracht, daß nicht nur in keinem Schriftsteller über das Frankfurtische Recht sich etwas darüber bemerkt findet, daß in Fällen, wie der vorliegende, eine andere Frist, als sie im Titel 10 cit. vorgeschrieben, eintrete, sondern die Anwendung dieser Vorschrift auf solche Fälle in früheren an das Oberappellationsgericht gelangten Processen als eine ausgemachte Sache behandelt ist, wie denn auch beide Localgerichte in dem gegenwärtigen Falle bei dieser Anwendung kein Bedenken gefunden haben.

War nun aber in diesem Falle das Testament der Hahn'schen Ehefrau binnen sechs Monaten anzufechten, so ist

B. die Versäumniß dieser Frist völlig klar. Die Frist zur Anfechtung des Testamentes beginnt nämlich zu laufen in dem Augenblicke, wo nach dem Tode des Testirers und dem erfolgten Erbschaftsantritte diejenigen, welche das Testament anfechten wollen, dessen in Erfahrung kommen

Ref. IV. Titel 10 § 2,

d. h. so viel das Testament betrifft, nur eine allgemeine Kenntniß desselben erlangen und wird unterbrochen durch die wirkliche Anstellung der Klage. Beides ist vom Oberappellationsgericht in der von den neuern Schriftstellern über das Frankfurter Recht

Bender Handbuch p. 581

Souchay Anmerk. II. p. 834

angeführten Rechtssache

Dreßler Ehefrau c. Heeser 1829

ausführlich begründet, und es sind diese den Entscheidungen der Frankfurter Gerichte entsprechende Grundsätze, soviel namentlich den Anfangspunkt des Fristenlaufs betrifft, auch durch ein neueres Präjudicat als richtig anerkannt worden.

Souchay a. a. O. II. p. 833—834.

Da nun im gegenwärtigen Falle dem Ehemanne der Testirerin sogar eine Abschrift des gerichtlichen Testaments vom 24. Jan.

1852 durch das Stadtgericht II. mitgetheilt worden ist, der erste wirklich auf Anfechtung dieses Testaments gerichtete Antrag aber nur in dem Petitum der von der Klägerin am 30. April 1853 in gegenwärtiger Sache übergebenen Replik gefunden werden kann, indem sowohl die von dem Wittwer Joh. Georg Hahn am 12. Febr. 1852 beim Stadtgericht II. übergebene Erklärung, als auch die gegenwärtige am 23. Dec. 1852 übergebene Klagschrift in dieser Beziehung nur einen Vorbehalt enthält, so ist die Versäumung der Frist klar, und es bedürfen alle hierauf sich beziehenden frivolen Einwendungen der Klägerin um so weniger noch einer Widerlegung, als, selbst wenn man die Frist erst von dem Tage an beginnen lassen könnte, wo die formelle Gültigkeit des Testaments vom Stadtgericht für erwiesen angenommen worden ist, nämlich am 27/30. Aug. 1852, gleichwohl die Frist versäumt sein würde.

Eben daher fehlt es auch für die Gewährung der eventuell nachgesuchten Restitution an jeder justa causa.

II.

Friedrich Thomä dahier, Kläger

contra

Jakob Amschel Schnapper dahier, Beklagten.

Gestützt auf Anlage A. des Inhalts:

„Ich Endesunterzeichneter verpflichte mich hierdurch, meinem Vater Amschel Moses Schnapper von heute an auf die ganze Dauer seines Lebens eine wöchentliche Sustentation von fl. — anticipando zahlbar oder zahlen zu lassen. Um demselben nun eine Sicherheit für die richtige Einhaltung dieser meiner Verpflichtung zu geben, verbinde ich mich binnen zwei Monaten bei einem Dritten — in der Wahl meines Vaters — fl. — oder den entsprechenden Werth in Obligationen zu deponiren, deren Eigen=

thumsrecht mir stets vorbehalten bleibt und an die sich A. M. Schnapper für den Fall nur insoweit zu halten berechtigt ist, als die Zahlungen der obgedachten wöchentlichen fl. — nicht regelmäßig erfolgen würde.

Frankfurt den 30. April 1852.

J. A. Schnapper.

Für die richtige binnen zwei Monaten zu leistende Sicherheit des Herrn J. A. Schnapper zu Gunsten seines Herrn Vaters von fl. — verbürge ich mich unter Verzichtleistung der Vorausklage des Hauptschuldners. Am 1. Juli 1852 ist diese meine Verbindlichkeit erloschen.

Frankfurt den 30. April 1852.

Friedrich Thomä."

behauptet Friedrich Thomä, daß er in Folge des von J. A. Schnapper erhaltenen Auftrags obige Bürgschaft übernommen habe. Da jedoch der letztere die Caution nicht bestellt habe, so habe ihm A. M. Schnapper alle seine Rechte aus obiger Urkunde cedirt. Friedr. Thomä verlangt, daß J. A. Schnapper angehalten werde, die fragliche Caution zu bestellen und er als Bürge von seinen Verbindlichkeiten befreit werde. Beklagter behauptet, daß beide Fundamente der Klage, sowohl die Bürgschaft, wie die Cession fingirt sei, — ferner daß übrigens in Betreff des ersten Klagfundaments keine Principalobligation bestände, da zwischen ihm (dem Beklagten) und seinem Vater am 28. April 1852 mündlich der Vertrag unter den Bedingungen abgeschlossen worden sei,

1. daß der Vater dem Beklagten den Consens zu seiner Verheirathung 2c. gebe;
2. daß des Beklagten Geschäft von seinem Schwager Steinmann übernommen werde;
3. daß sein Schwager Mammelsdorf eine von ihm und seiner Frau versprochene Hypothek bestelle,

und daß bei Unterzeichnung obiger Urkunde er, Beklagter, sich ausdrücklich auf jene Bedingungen zurückbezogen habe. Diese Bedingungen seien aber nicht erfüllt worden.

Das Stadtgericht erkannte am 19. Januar 1853:

I. der Beklagte ist schuldig — die von ihm laut Anlage A. zu Gunsten seines Vaters A. M. Schnapper zu leistende Caution von fl. — — — zu hinterlegen und dem Kläger die Kosten des Verfahrens über die Hauptsache zu ersetzen, er wollte und könnte denn — beweisen, entweder

a. daß die von dem Kläger angeblich übernommene Bürgschaft, oder

b. daß die in der Anlage D. enthaltene Cession

fingirt sei, welchen Falls weiteres Erkenntniß ergehen soll.

II. Dem Kläger bleibt — nicht nur der Gegenbeweis, sondern auch für den Fall, daß der unter I, b gedachte Beweis geführt werden sollte, der Beweis vorbehalten, daß er die in Anlage A. enthaltene Bürgschaft mit Willen des Beklagten übernommen oder daß der Beklagte dieselbe genehmigt habe.

Auf Appellation und Antrag von Aktenversendung von Seiten des Beklagten erkannte das Spruchcollegium zu Heidelberg am 3. August 1853: Wollte und könnte der Beklagte außer den beiden alternativ ihm nachgelassenen Beweismitteln I. a & b — annoch beweisen, daß er die am 30. April 1852 übernommene Verpflichtung nur unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die vorher schon verabredeten Bedingungen eingegangen sei, entweder, daß sein Vater ihm den Consens zur Verehelichung — — zu geben schuldig oder daß sein Schwager Steinbach des Beklagten Geschäft übernehmen oder daß sein Schwager Mammelsdorf eine von diesem und seiner Frau versprochene Hypothek bestellen soll — und daß eine dieser Bedingungen nicht in Erfüllung gegangen sei, so wird weiter ergehen, was Rechtens. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt; die Versendungskosten hat der Appellant allein zu tragen.

Auf Oberappellation des Beklagten und Adhäsion des Klägers erkannte das Oberappellationsgericht am 25. Jan. 1855, daß der dem Beklagten in dem Urtheile zweiter Instanz nachgelassene Beweis in nachstehender Art zu fassen sei, „daß der Beklagte bei einer am 28. April 1852 gepflogenen mündlichen Verhandlung die Verpflichtung, seinem Vater zur Sicherung der demselben zu leistenden Sustentation eine Caution von fl. — zu

bestellen nur unter einer der drei nachfolgenden Bedingungen — — — übernommen habe und daß bei der weiteren Verhandlung am 30. April 1852 sein Vater mit ihm darüber einverstanden gewesen sei, daß durch Ausstellung des Cautionsscheins (Klagbeilage A.) jene Bedingungen nicht aufgehoben werden sollten.

Im Uebrigen aber das erwähnte Erkenntniß unter Compensation der Hälfte der Kosten jetziger Instanz und Verurtheilung des Klägers in die andere Hälfte zu bestätigen sei.

3. In wie weit wird Connexität bei der Adhäsion verlangt?
(Vergl. unten Nr. 7.)

Was die formelle Statthaftigkeit der Adhäsion*) betrifft, so wird dieselbe mit Unrecht vom Beklagten bestritten. Er stützt sich darauf, daß die Entscheidung über die Zulassung eines Klag- oder Einredebeweises an sich eine von der Entscheidung über Feststellung des Beweissatzes völlig verschiedene und mit ihr nicht connexe sei, der Beklagte aber in seinen Beschwerden nur die Normirung des Beweissatzes angefochten habe.

Es kommt indessen nach § 135 der Oberappellationsgerichts-Ordnung, wie das Oberappellationsgericht stets angenommen hat, auf die innere Connexität der Punkte, worauf die Haupt- und Adhäsionsbeschwerden gerichtet sind, nicht an, sondern nur darauf, daß beiderlei Beschwerden sich auf den nämlichen Theil des Erkenntnisses beziehen. Nun ließe sich zwar, wäre die Ansicht von der Selbstständigkeit der Entscheidungen über die Zulassung eines Beweises an sich und über die Normirung des Beweissatzes richtig, gegen die vorliegende Adhäsion anführen, daß der Beklagte bloß die beiden Stellen des Beweissatzes, welche von der Bezugnahme auf die vorher verabredeten Bedingungen und von dem Nichteintritt derselben reden, nicht aber den die Verabredung der Bedingungen selbst betreffenden Hauptsatz angefochten

*) Die Appellationsbeschwerde verlangt, daß der Beweis oben sub I. a. dem Kläger auferlegt, der Beweis sub II. dem Beklagten nachgelassen werde, — die Adhäsionsbeschwerde will den im zweitinstanzlichen Urtheil zugelassenen Einredebeweis in Wegfall gebracht haben.

hat; und es muß zugegeben werden, daß es bei der vorliegenden Frage nicht auf die Satzverbindung allein ankommen kann, vielmehr verschiedene in einem Satze zusammengefaßte Entscheidungen noch als trennbare Theile des Erkenntnisses zu behandeln sind.

Frankf. Pr. Schwarzschild c. Eisenbahn 1840.
Kahl c. Kahl 1853.

Allein die obige Ansicht des Beklagten kann nicht gebilligt werden; bei einer Beweisauflage läßt sich vielmehr nicht verkennen, daß die darin liegende Anerkennung eines Klag- oder Einredegrundes den Inhalt des aufgestellten Beweissatzes zur nothwendigen Voraussetzung hat, jede Aenderung des letzteren daher auch eine Umstoßung der ersteren nach sich zieht; und es kann daher ein aufgestellter Beweissatz nicht als ein Aggregat mehrerer Entscheidungen, sondern nur als ein zusammengehöriges Ganzes, als eine untheilbare Gesammtentscheidung angesehen werden, so daß der Angriff gegen einen Theil des Inhalts auch noch den Wegfall des ganzen Beweissatzes im Wege der Adhäsion möglich macht.

4. Einfluß der Ausstellung einer Urkunde auf den mündlich verabredeten Vertrag.

Was den Einwand des Klägers (daß die Bedingungen jedenfalls durch Ausstellung der Urkunde A aufgehoben seien) betrifft, so würde die Adhäsionsbeschwerde nur dann dadurch begründet werden, wenn in der Ausstellung der Urkunde A mit solcher Nothwendigkeit eine Aufhebung der mündlich verabredeten Bedingungen gefunden werden müßte, daß selbst die behauptete ausdrückliche Bezugnahme des Beklagten darauf diesen Erfolg nicht hätte abwenden können. Zu einer solchen Annahme fehlt es aber an jedem Grunde. Der Kläger meint, die behauptete Bezugnahme würde eine zu unbestimmte gewesen sein; dieselbe konnte jedoch, wie von selbst klar ist, gar keine andere Bedeutung haben, als daß aus der Unterschrift kein Abgehen von den Bedingungen gefolgert werden dürfe, und daß der Cautionsschein als ein bloß vorläufig in Erwartung des Eintritts der Bedingungen ausgestellter zu betrachten sei, und wenn der Vater des Beklagten die mit einer solchen Erklärung ausgestellte Urkunde annahm, so war damit das Einver-

ständniß der Contrahenten über die Fortdauer der Bedingungen außer Zweifel gestellt. Sodann meint der Kläger, der Inhalt der Urkunde sei mit der Fortdauer der Bedingungen unvereinbar und die angebliche Bezugnahme daher ein protestatio facto contraria. Es läßt sich aber nur soviel behaupten, daß die Urkunde keinerlei Andeutung von den Bedingungen enthält und sich ihrem Wortlaut nach als eine unbedingte Verpflichtung darstellt. Das hindert aber nicht, daß daneben mündlich verabredete Bedingungen bestehen konnten, mit deren Eintritt ein Theil der ausgestellten Urkunde überhaupt erst in Kraft treten sollte, und ein Widerspruch in der Handlungsweise des Beklagten liegt darin um so weniger, als die Urkunde, wie unbestritten ist, nicht von ihm selbst entworfen war und als durch den Nachweis, daß er sich auf die mündlich verabredeten Bedingungen bezogen habe, zugleich von selbst dargethan sein würde, daß die Urkunde nicht die Bestimmung gehabt haben konnte, das ganze Rechtsverhältniß vollständig darzustellen. Ein positiver Widerspruch ihres Inhalts mit den Bedingungen liegt nirgends vor. — — —

5. Vermuthung für die vollständige Aufzeichnung eines Geschäftes durch Errichtung einer Urkunde über dasselbe.

Die zweite Beschwerde des Beklagten geht dahin, daß der im vorigen Urtheil zugelassene Beweis nicht einfach darauf gerichtet worden sei, daß der Beklagte die in Anlage A bekundete Verpflichtung unter einer der fraglichen Bedingungen übernommen habe, verlangt also, wie auch durch die Ausführung der Beschwerde bestätigt wird, Befreiung des Beklagten von dem Beweise, daß er sich bei Unterzeichnung der Urkunde A auf die mündlich verabredeten Bedingungen ausdrücklich zurückbezogen habe.

Bei Beurtheilung dieser Beschwerde kommt es auf die Frage an, inwiefern die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über ein Rechtsgeschäft, wenn ihr Inhalt von den vorausgegangenen Verabredungen über letzteres abweicht, eine stillschweigende Abänderung des Willens der Betheiligten folgern läßt. Dabei aber muß es als Grundsatz gelten, daß, wenn die schriftliche Urkunde entweder zu einer vollständigen Darstellung des Rechtsverhältnisses bestimmt

war oder ihr Inhalt wenigstens weder nach der Natur des bekundeten Geschäftes, noch durch besondere Hinweisungen erkennen läßt, daß daneben noch weitere Verabredungen bestehen, die Vermuthung für eine vollständige Aufzeichnung spricht, derjenige, welcher das Gegentheil behauptet, daher den Beweis übernehmen muß. Nach diesem Grundsatz ist vom Oberappellationsgericht bereits in einer früheren Frankf. S.

Westhofen c. Schwalb 1850. (Vergl. Band II. Nr. LXXIX.)

erkannt worden, während das vom Beklagten angeführte Präjudicat

Krauß c. Lejeune 1851 (Vgl. ibid. II. Nr. LXXXXVIII.)

die davon ganz verschiedene Frage betrifft, ob in dem einfachen Bekenntniß einer Schuld ein Verzicht auf die dem Schuldner zustehenden Einreden zu finden ist.

Im vorliegenden Falle stellt nun die Urkunde A ein in sich abgeschlossenes Rechtsgeschäft dar; der Beklagte verpflichtet sich zu einem bestimmten Alimenten-Betrag und verspricht dafür eine näher bezeichnete Sicherheit in Geld oder Obligationen zu leisten. Die Verpflichtung war ihrer Natur nach eine einseitige, und es bedurfte daher nicht etwa der Mitunterschrift des Gläubigers, da in der Annahme der ausgestellten Urkunde die Acceptation des Versprechens lag. Die Urkunde lautet unbedingt und gibt nicht die mindeste Andeutung, daß sie aus mündlichen Verabredungen zu ergänzen sei. Unter diesen Umständen liegt dem Beklagten der Beweis der beabsichtigten Fortdauer der mündlichen Verabredungen um so mehr ob, als es sich dabei nicht etwa um Nebenbestimmungen des Geschäftes handelte, sondern um Suspension eines wesentlichen Theils der Verpflichtung, wobei die Unterzeichnung der unbedingt lautenden Fassung sich unverkennbar als etwas Ungewöhnliches darstellt. Die Beschwerde ist daher, so weit sie völlige Befreiung von einem derartigen Beweise bezweckt, unbegründet.

Allerdings aber erscheint der aufgelegte Beweis zu eng gefaßt. Da die Fassung der Urkunde A nur eine factische Vermuthung für die Vollständigkeit des Inhalts begründet, so kann es zur Beseitigung dieser Vermuthung lediglich darauf ankommen, ob die Be-

theiligten d. h. der Beklagte und sein Vater darüber einverstanden waren, daß die mündlich verabredeten Bedingungen, der Ausstellung der Urkunde ungeachtet, fortdauern sollten. Nun hat der Beklagte aber nicht bloß die specielle Angabe gemacht, daß er sich bei Unterzeichnung der Urkunde ausdrücklich auf jene Bedingungen zurückbezogen habe, wodurch nach dem sub. Nr. 4 Bemerkten ein Einverständniß der Contrahenten unzweifelhaft bekundet werden würde, sondern er hat auch allgemein behauptet, die mündlichen Verabredungen vom 28. April 1852 seien niemals wieder aufgehoben worden, sondern hätten auch nach Unterzeichnung der Urkunde A die Grundlage des ganzen Rechtsverhältnisses gebildet, in der Urkunde habe eben nur das mündlich Verabredete schriftlich bekundet werden sollen. Nach dieser Darstellung kann es dem Beklagten nicht abgeschnitten werden, daß er das Einverständniß über die Fortdauer der Bedingungen auch durch andere Momente, als die ausdrückliche Zurückbeziehung auf dieselben nachzuweisen suche, wie es denn dazu unbezweifelt geeignet sein würde, wenn er darzuthun vermöchte, daß nach dem Gang der gepflogenen Verhandlungen die Urkunde A nur die Bestimmung gehabt habe, das mündlich Verabredete schriftlich zu bekunden. Unter diesen Umständen mußte es vorgezogen werden, den Beweissatz allgemein auf das Einverständniß der Betheiligten zu richten, indem es dem Beklagten überlassen bleiben muß, welche von den Umständen, aus denen ein solches gefolgert werden kann, er in der Beweisinstanz benutzen will.

Während das Stadtgericht sich dahin aussprach „verwerflich erscheint die Einrede, daß die Voraussetzungen und Bedingungen, unter welchen der Beklagte jene Verbindlichkeiten übernommen, nicht eingetreten seien; denn da die Anlage A. nichts von solchen Voraussetzungen und Bedingungen enthält, so müßte, selbst wenn vor deren Ausstellung dergleichen verabredet gewesen wären, angenommen werden, daß der Beklagte auf dieselben verzichtet hätte," entschied die zweite Instanz: Wenn der Beklagte angeführt hat, daß er den Vertrag nur unter drei Bedingungen geschlossen habe und es bekanntlich nicht darauf ankommt,

ob in der Urkunde A. selbst diese drei Bedingungen enthalten sind, so war allerdings auf diese Behauptung Rücksicht zu nehmen.

— — — Es kann nicht bezweifelt werden, daß, wenn vor der schriftlichen Verabredung unter den Contrahenten gewisse Bedingungen verabredet waren, unter denen allein die Verbindlichkeit bestehen sollte, diese verabredeten Bedingungen nicht in die Urkunde aufgenommen zu werden brauchten, vorzüglich wenn, wie Beklagter behauptet, bei Errichtung des Vertrags ausdrücklich auf jene Bedingungen Bezug genommen, d. h. diese Bedingungen als Theile des Vertrags erklärt wurden: eine förmliche Errichtung des Vertrags durch eine Urkunde besteht ja nicht.

Daß aber durch die Ausstellung der Urkunde ohne Bedingung auf die Bedingungen verzichtet worden sei, wie das vorige Urtheil annimmt, ist theils wegen des angegebenen rechtlichen Verhältnisses nicht concludent, theils auch, weil kein Richter einen Verzicht ex officio annehmen kann, dieser auch um so weniger selbst zum Beweis hier gestellt werden kann, als sich Kläger darin gar nicht gegründet hat.

— — Es versteht sich, daß, wenn diese Bedingungen copulativ versprochen waren, der Umstand, daß die eine oder andere nicht erfüllt worden ist, die Perfection der Hauptobligationen verhindern wird.

6. Darin, daß eine unbestrittene Thatsache zum Beweis verstellt ist, liegt ein Grund zur Beschwerde.

Die dritte Beschwerde des Beklagten verlangt Befreiung desselben von dem mitauferlegten Beweise, daß eine der in Frage stehenden Bedingungen nicht in Erfüllung gegangen sei. Diese Beschwerde war begründet, da der Nichteintritt der angeblich zur Bedingung gemachten drei Thatumstände vom Kläger gar nicht bestritten worden ist. Wenn der Kläger meint, es liege kein Grund zur Beschwerde vor, da der Beweis durch Beziehung auf die Voracten zu erbringen sei, so steht dem entgegen, daß es allerdings beschwerend für eine Parthei ist, wenn die Berücksichtigung einer unbestrittenen Thatsache erst noch von einem Beweisverfahren und seinen Formen abhängig gemacht wird.

7. Connexität der Adhäsion.
(Vergl. Nr. 3 d. Bd.)

Der eventuelle Theil der ersten Adhäsionsbeschwerde des Klägers ist darauf gerichtet, daß der Beweis sub. II. des stadtgerichtlichen Urtheils dem Kläger auch gegen den im vorigen Urtheil nachgelassenen Beweis des Beklagten vorzubehalten gewesen wäre. Diese Beschwerde mußte jedoch als formell unstatthaft verworfen werden. Es wird damit nicht eine Beseitigung oder Modification des Beweissatzes bezweckt, welcher Gegenstand der Beschwerden des Beklagten ist, sondern es wird die Hinzufügung eines anderen Beweissatzes verlangt, durch welchen die rechtliche Wirkung der ersteren zerstört werden soll. Die Beschwerde ist daher nicht gegen den vom Beklagten angegriffenen Theil des Erkenntnisses, sondern gegen das negative Decisum gerichtet, welche in dem Uebergehen des begehrten Beweisvorbehalts enthalten ist. Daß der Gegenstand der Adhäsionsbeschwerde mit dem vom Beklagten angefochtenen Theil des Erkenntnisses connex ist, wie sich hier nicht verkennen läßt, kann, wie oben Nr. 3 bemerkt, nicht in Betracht kommen.

8. Grundsätze über Kostenerstattung.

Da die Beschwerden des Beklagten zum Theil begründet sind, die Adhäsionsbeschwerden des Klägers aber ganz verworfen werden mußten, so waren die Kosten jetziger Instanz zur Hälfte zu compensiren und der Kläger in die andere Hälfte zu verurtheilen.

III.

Maria Magdalena Heyne, geb. Stern, Liquidantin
contra
die Philipp Bernhard Heyne'sche Concursmasse dahier, Liquidatin.

Liquidantin, die namentlich zur Meß- und Weihnachtszeit in dem Geschäfte ihres Ehemannes thätig war, beanspruchte gegen

dessen Concursmasse Separationsrechte. Das Stadtgericht wies am 7. Juli 1854 die Liquidantin mit ihrer Liquidation ab. Auf Appellation der Liquidantin wurde unter Verurtheilung derselben zum Kostenersatze dies Urtheil bestätigt

vom Appellationsgericht am 27. September 1854,
vom Oberappellationsgericht am 29. Januar 1855.

9. Wann ist in Bezug auf Güterabsonderung ein gemeinschaftlich betriebener Handel anzunehmen?

Die Güterabsonderung, welche die Ehefrau im Falle des Concurses ihres Mannes der Regel nach beanspruchen kann, ist dann, wenn beide Ehegatten einen „gemeinen Handel" getrieben, nicht anders gestattet, als wenn zuvor alle Schulden, für welche die Frau mithaftet, bezahlt sind.

Ref. III. tit. 7 § 12 u. 21.

Darüber, daß im vorliegenden Falle letzteres bereits geschehen sei, ergeben die Acten Nichts. Es war also die Liquidatin vollkommen berechtigt, dem Separationsantrage und der darauf gestützten Liquidation den Einwand entgegenzusetzen, daß Liquidantin an dem Geschäftsbetriebe ihres Mannes Antheil genommen; und fragt es sich nur, ob dieser Einwand als bereits eingestanden anzusehen oder annoch von der Liquidatin zu erweisen ist. Die Annahme eines von Mann und Frau in offenem Laden gemeinschaftlich betriebenen Handels ist nun aber durchaus nicht allein dann begründet, wenn die letztere ununterbrochen oder wenigstens in gleichem Maße, wie der Mann, an dem Geschäfte sich betheiligt hat, sondern es genügt dazu auch schon eine bloß zeitweise und hinter der des Mannes zurückstehende Thätigkeit der Frau, insofern dieselbe nur die Gestalt einer regelmäßigen Theilnahme an dem Geschäftsbetriebe angenommen hat. — Nun ergibt sich aus der ganzen, von der Liquidantin in der Replikschrift gegebenen Darstellung, daß das hier in Rede stehende Handelsgeschäft zu denjenigen gehört hat, die nicht durch Gehülfen, sondern von den Inhabern in Person betrieben werden; sowie daß dasselbe zwar gewöhnlich durch den Ehemann der Liquidantin allein versorgt werden konnte, zeitweise jedoch — bei vorüber-

gehender Abwesenheit des letzteren oder großem Andrange von Käufern, wie er namentlich zur Meß= und Weihnachtszeit vorzukommen pflegte, eine Aushülfe nothwendig wurde. Wenn nun die Liquidantin — wie sie selbst angibt — es gewesen ist, die bei solchen, öfters und mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehrenden Veranlassungen die erforderliche Aushülfe geleistet hat, namentlich zur Ueberwachung der fremden Käufer im Laden gegenwärtig gewesen ist, auch selbst verkauft und die Verkäufe in ein dazu bestimmtes Notiz= oder Schmierbuch eingeschrieben hat, so kann in dieser ihrer auf Erhaltung eines ordnungsmäßigen Ganges des ganzen Geschäftes gerichteten und zu dessen gehörigem Bestande nothwendigen Thätigkeit nicht ein bloß „gelegentliches" durch besondere unvorhergesehene Umstände herbeigeführtes Einschreiten gefunden werden. Dieselbe stellt sich vielmehr als eine wahre und regelmäßige Theilnahme an dem Betriebe des Handelsgeschäfts dar.

IV.

Anna Clara R., geb. M. dahier, Klägerin
contra
die Versicherungsbank C. daselbst, Beklagte.

Die Klage ist darauf gegründet, daß der Ehemann der Klägerin Rendant der beklagten Versicherungsbank gewesen, derselben am 10. Mai 1843 eine Caution geleistet und, als er im August 1846 von der genannten Stelle abgetreten sei, ein Guthaben an Remunerationen im Betrage von fl. — gehabt habe, welches sich durch den Abschluß der Bücher am 1. Juli 1846 herausgestellt habe und auch durch das Protocoll der darauf stattgehabten Ausschußsitzung genehmigt worden sei. Die Klage geht auf Herausgabe der Caution und Zahlung des Guthabens.

Beklagte leugnet jedes Guthaben und behauptet namentlich, daß das Rechnungsverhältniß gar nicht geordnet worden sei, als der Ehemann der Klägerin seine Rendantenstelle niedergelegt habe.

Der Ehemann der Klägerin habe ferner auf seine Verantwortlichkeit baar an ihn zu zahlende Versicherungsgelder (sogenanntes Lege- und Eintrittsgeld) den Versicherten creditirt, so daß diese Beträge der Versicherungsbank verloren gegangen oder inexigibel geworden seien. Klägerin opponirt die Replik, daß ihr Ehemann nur aus Auftrag der vorgesetzten Bankbeamten gehandelt habe.

Das Stadtgericht verurtheilte am 20. Juni 1853 die Beklagte zur Zahlung des libellirten Betrags sammt Verzugszinsen, zur Herausgabe der Caution und zur Erstattung der Proceßkosten, falls Klägerin beweisen könne, daß der Ausschuß der Versicherungsbank ein zufolge des Bücherabschlusses vom 1. Juli 1846 resultirendes Guthaben des Ehemannes an Remunerationen von fl. — anerkannt habe.

Auf Appellation und Antrag von Actenversendung von Seiten der Beklagten legte unter Kostencompensation und unter Verurtheilung der Beklagten in die Versendungskosten das Spruchcollegium zu Heidelberg am 7. Dec. 1853 Beweise auf und zwar

1. der Klägerin, daß ihr Ehemann als Rendant der beklagten Versicherungsbank bei seinem Abtreten von dieser Stelle ein Guthaben von fl. — zu fordern gehabt habe und daß das Rechnungsverhältniß ihres Ehemannes als Rendanten zufolge den Statuten der Bank geordnet worden sei, und

2. der Beklagten, daß die von ihr libellirten Beträge in Legegeldern oder Eintrittsgeldern bestehen und in Folge eines widerrechtlichen Verborgens von Seiten des Ehemannes der Klägerin und ehemaligen Rendanten verloren gegangen oder inexegibel geworden seien, wogegen der Klägerin der Replikenbeweis, daß ihr Ehemann das fragliche Verborgen aus Auftrag des ihm vorgesetzten Bankbeamten vorgenommen habe, vorbehalten wurde.

Auf Oberappellation der Klägerin wurde unter Verurtheilung derselben in die Kosten das zweitinstanzliche Urtheil vom Oberappellationsgericht am 30. Januar 1855 bestätigt.

10. Anerkenntniß einer Schuld durch den Ausschuß einer Gesellschaft.

— — Der eigentliche Zweck der von der Klägerin aufgestellten Beschwerde kann, wie die Ausführung derselben bestätigt, nur

darin gefunden werden, daß die Klägerin durch die Behauptung, daß der Ausschuß der beklagten Bank jenes auf dem Bücherabschluß vom 1. Juli 1846 beruhende Guthaben anerkannt habe, jeden weiteren Beweis und Gegenbeweis über die Voraussetzungen für die Rückgabe der Caution, sowie über die geltend gemachten Gegenforderungen glaubt entbehrlich machen zu können. Dieser Erfolg würde indessen nur möglich sein, wenn die Anerkennung des Ausschusses zugleich einen Verzicht auf die etwaigen Ansprüche der Bank an N. aus dessen Geschäftsführung enthalten, also in einer wirklichen Dechargirung des N. bestanden hätte. Es fragt sich daher, ob die Klägerin eine dahin gehende Behauptung zeitig und gehörig aufgestellt hat. Daß

a. die fragliche Anerkennung überhaupt erst in der Replik zur Sprache gebracht wurde, kann ihrer Berücksichtigung nicht entgegenstehen. Den geltend gemachten Gegenforderungen gegenüber bildet die Dechargirung des N. eine wirkliche Replik und dafür war also die Replikschrift der rechte Ort. Ob es aber in Ansehung der geforderten Rückgabe der Caution zum Klaggrund zu rechnen sei, daß die Hauptverbindlichkeit, wofür die Caution bestellt wurde, nicht mehr bestehe, und deßhalb die Klägerin, wenn sie sich zu diesem Zwecke auf eine ertheilte Dechargirung stützen wollte, dies schon in der Klage hätte vorbringen müssen, kann dahingestellt bleiben; denn die Beklagte hat sich in der Duplik ohne Vorbehalt auf die nachträglich behauptete Anerkennung eingelassen (während sie erst in zweiter Instanz dieselbe als mutatio libelli anzufechten suchte) und dadurch ist der etwaige Mangel des Klaglibells insoweit unschädlich gemacht worden. Dagegen war

b. dem vorigen Urtheile darin beizupflichten, daß das Vorbringen der Replik wegen mangelnder gehöriger Substanziirung verworfen werden mußte.

Unschädlich ist freilich der Umstand, daß die Anerkennung nach Angabe der Klägerin auf Grund des Bücherabschlusses vom 1. Juli 1846 erfolgt sein soll, während N. erst gegen Ende des Monats August abtrat. Denn wenn der Ausschuß nach dem Austritt des N. eine wirkliche Dechargirung ertheilt haben sollte, so würde damit zugleich hergestellt sein, daß sein am 1. Juli bestehendes

Guthaben durch die in die Zwischenzeit fallende Amtsführung sich nicht vermindert habe.

Allein das Vorbringen der Klägerin ist schon insofern ein ungenügendes, als das angeblich vom Ausschuß anerkannte Guthaben nicht als Product einer Gegeneinanderstellung aller wechselseitigen Ansprüche, sondern nur als Ergebniß einer Zusammenstellung der einseitigen Ansprüche des N. hingestellt worden ist. Es wird in der Replik nicht behauptet, daß die ganze Verwaltung des Rendanten zur Sprache gekommen, dieselbe unter Berücksichtigung etwaiger Forderungen der Bank an ihn, namentlich der jetzt geltend gemachten wegen pflichtwidriger Verborgung von Legegeldern, geprüft und richtig befunden worden sei, sondern nur so viel, daß das, was beim Abschluß der Bücher sich als Guthaben des N. herausgestellt habe, anerkannt, und seine Rechnungsführung genehmigt und bestätigt worden sei. Daß aber bei der Rechnungslegung N. etwa selbst Gegenforderungen der Bank wegen einer Verborgung von Legegeldern mit zur Sprache gebracht und dadurch zur Entscheidung darüber Anlaß gegeben habe, ist nicht nur nicht gesagt worden, sondern es wird vielmehr behauptet, daß eine solche Verborgung gar nicht von N., sondern vielmehr nur vom Director ausgegangen sei.

Wollte man aber auch mit Rücksicht auf die beiläufig in der Replik vorkommende Behauptung, daß der Ausschuß die vom Beklagten specificirten Posten alle als Ausstände der Anstalt anerkannt habe, das Verborgen in jener Beziehung nur als ein zu unbestimmtes ansehen, so ist doch mit dem vorigen Urtheil der fernere Mangel als ein wesentlicher anzuerkennen, daß nicht behauptet worden ist, die Anerkennung sei dem N. gegenüber erfolgt. Ließe sich auch, wenn von einer einzelnen Person angeführt wird, sie habe eine Schuld anerkannt, darin zugleich die Behauptung finden, daß dies dem Gläubiger gegenüber geschehen sei, weil eine derartige Anerkennung nur durch eine nach Außen und zwar gewöhnlich dem Betheiligten gegenüber abgegebene Willenserklärung zu erfolgen pflegt, so verhält sich dies doch bei einem Gesellschafts-Ausschuß unverkennbar anders. Hier werden ganz regelmäßig Berathungen gepflogen und protocollarische Erklärungen nieder-

gelegt, welche bloß für den Ausschuß und die von ihm vertretene Gesellschaft selbst, zur Ordnung ihrer inneren Verhältnisse bestimmt sind. Die in einer Ausschußsitzung erfolgte Anerkennung einer Schuld enthält daher für sich allein nichts weiter, als die Feststellung eines Rechnungspostens für die Gesellschaft, läßt aber noch nicht den Schluß zu, daß damit eine entsprechende Erklärung an den Gläubiger verbunden gewesen wäre, während diesem durch eine solche allein Rechte erworben werden könnten. Nun hat aber die Klägerin nur behauptet, das fragliche Guthaben sei in einer Ausschußsitzung in einem Protocolle des Ausschusses anerkannt worden, und fügt selbst hinzu, dem R. sei keine Abschrift dieses Ausschußprotocolls zugefertigt worden; es fehlt somit an der zu einer Dechargirung unerläßlichen Behauptung, daß entweder R. an der Sitzung als eine mit dem Ausschuß verhandelnde Person Theil genommen habe oder daß die Anerkennung in einer an ihn gerichteten Erklärung des Ausschusses ausgesprochen worden sei. Es kann diese Behauptung auch nicht etwa deßhalb für entbehrlich gehalten werden, weil der amtliche Verkehr zwischen der Direction, deren Mitglied der Rendant als solcher war, und dem Ausschuß die Ausstellung besonderer Erklärungen in ihrem wechselseitigen Verhältnisse unnöthig gemacht habe. Denn nach den Angaben der Klägerin war R. zur Zeit der fraglichen Anerkennung bereits von seinem Amte abgetreten und soll sein Austritt zugleich mit der Anerkennung vom Ausschusse genehmigt worden sein.

Das Stadtgericht erkannte:

Führt Klägerin den Beweis ihrer Behauptung, daß der Ausschuß ein zufolge des Bücherabschlusses vom 1. Juli 1846 resultirendes Guthaben — — — anerkannt habe, so erscheint neben ihrem Anspruche auf Auszahlung des fraglichen Betrages auch ihr Verlangen der Herausgabe der R.'schen Caution begründet, indem die Anerkennung eines Guthabens des R. zu der nämlichen Zeit, als er von der Rendantur abgetreten, zugleich das Anerkenntniß involviren würde, daß er seiner Rechnungs- und Lieferungspflicht Genüge geleistet habe. Der Einwand, daß R. Ausstände habe anwachsen lassen, würde hierbei um

so weniger in Betracht kommen, als Beklagter einräumt, daß der Ausschuß hiervon Kenntniß gehabt habe. Daß aber der Ausschuß durch die obige Dechargirung des N. und durch die Anerkennung desselben als eines Gläubigers die Gesellschaft verpflichtet haben würde, kann nach den Statuten derselben nicht bezweifelt werden.

11. Aufstellung einer bestimmten Beschwerde bei der Ausführung eines Rechtsmittels.

War nach den Ausführungen der vorigen Nummer die auf Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses gerichtete Beschwerde zu verwerfen, so mußte auch die Frage, ob in Folge der Beschwerdeaufstellung auf eine Prüfung der im vorigen Urtheile normirten einzelnen Beweissätze einzugehen sei, verneint werden. Denn wenn auch die Fassung der Beschwerde, „daß nicht das Urtheil erster Instanz bestätigt, sondern abändernd, so wie geschehen, erkannt worden", die Deutung als möglich erscheinen läßt, daß die Klägerin sich über den ganzen Inhalt des Erkenntnisses habe beschweren wollen, so fehlte es doch an jeder Bezeichnung specieller Punkte, welche die Klägerin als beschwerend angesehen hätte, und sowohl die Ausführung, als die Schlußbitte ergibt unzweifelhaft, daß die Absicht nur auf Wiederherstellung der stadtgerichtlichen Entscheidung, wodurch die sämmtlichen Beweissätze des vorigen Urtheils entbehrlich werden sollten, und nicht zugleich auf eine eventuelle Anfechtung dieser Beweissätze gerichtet war. Daß aber eine Abänderung der von der sententia a qua aufgestellten Beweissätze in dem Verlangen der Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses als das Geringere mitbegriffen wäre, läßt sich nicht behaupten, da beide Erkenntnisse auf völlig verschiedenen Grundlagen beruhen und die Beweissätze des vorigen Urtheils sich daher auf ganz andere Thatsachen beziehen, als die Beweisauflage des Stadtgerichts, so daß aus dem Vorzug, den die Klägerin dieser letztern gibt, ein Schluß darüber, welche der ersteren ihr eventuell beschwerend erscheinen möchten, gar nicht gezogen werden konnte.

V.

Wittwe Anna Maria Herle, geb. Ziegler dahier, Klägerin

contra

Johann Sebastian Leisler dahier, Beklagten.

Klägerin behauptet dem Beklagten die Summe von fl. — zur Verwaltung übergeben zu haben; der Beklagte gibt nur einen Theil dieses Betrages zu, leugnet dagegen den Empfang des anderen, beansprucht ferner Ersatz der von ihm für die Klägerin gemachten Ausgaben, die er näher specificirt, und verlangt Zahlung eines Betrages von fl. — für Kost und Wohnung, die Klägerin bei ihm erhalten habe.

In Bezug auf den letzten Punkt stellt Klägerin ihre Verbindlichkeit zur Zahlung eines Kost- und Miethgeldes in Abrede, indem darüber nichts ausbedungen worden sei: sie habe dagegen dem Beklagten Dienste geleistet, die sie eventuell mit dieser Forderung compensire. Das Stadtgericht erkannte nun am 26. Juni 1848 in den Entscheidungsgründen: da beide Theile übereinstimmen, daß wegen Vergütung der gegenseitigen Leistungen eine Vereinbarung nicht stattgefunden hat, indessen nicht angenommen werden kann, daß diese Leistung von der einen Seite ohne entsprechende Gegenleistung des andern als compensirt zu betrachten ist, wobei übrigens eine ganz genau ausgleichende Abmessung nicht statthaft erscheint, so haben vordersamst und vorbehältlich der Entscheidung: ob und wie weit eine Compensation einzutreten hat, beide Theile den Umfang und Werth ihrer gegenseitigen Leistungen zu beweisen. Es werden nun im dispositiven Theil sub A. d und B. d den beiden Theilen Beweise in Betreff der Dienstleistungen, so wie der Wohnung und Kost auferlegt. Nach geführtem Beweise wies das Stadtgericht am 24. Mai 1854 den Beklagten mit seiner Forderung für Wohnung und Kost ab. Auf Appellation des

Beklagten und in zweiter Instanz auf Adhäsion der Klägerin wurde dieses Urtheil unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten mit Ausnahme der Adhäsionskosten bestätigt

vom Appellationsgericht am 18. August 1854

vom Oberappellationsgericht am 14. Febr. 1855.

12. Auslegung des Beweisinterlocuts aus dessen Gründen zur Entwicklung des wahren Sinnes.

Es ist die Bedeutung der der Klägerin, wie dem Beklagten in dem Erkenntnisse vom 26. Juni 1848 unter A. d. und B. d. auferlegten Beweise entscheidend. Hätte man dieselben nur nach ihrer abstracten Wortfassung zu prüfen, so wäre nur zu untersuchen, ob der Inhalt eines jeden dieser Beweissätze erbracht sei, und wenn solches zu bejahen wäre, so würde als Resultat sich herausstellen, daß die Klägerin jedenfalls dem Beklagten die Summe von fl. — herauszugeben hätte. — — — Allein schon an sich hat man den Sinn eines Beweisinterlocuts nicht aus dessen decisiven Worten allein abzuleiten, sondern dessen Gründe zur Entwicklung des wahren Sinnes zu benutzen. In diesen heißt es nun ausdrücklich: „daß die Entscheidung der Frage, ob die Leistung des Einen durch die Gegenleistung des Anderen als compensirt zu betrachten sei, wobei eine genau ausgleichende Abmessung nicht statthaft erscheine, von der Natur und dem Umfang der gegenseitigen Leistungen abhänge; es hatten daher unter Vorbehalt der Entscheidung, ob und inwieweit eine Compensation einzutreten habe, beide Theile den Umfang und Werth ihrer gegenseitigen Leistungen zu beweisen."

Hierin ist der Sache nach eine Anerkennung des von den Partheien angedeuteten rechtlichen Gesichtspunktes enthalten. Dieser besteht aber darin, es sei Absicht der Partheien bei Eingehung ihres Verhältnisses gewesen, daß die von dem Beklagten der Klägerin gewährte Kost und Logis durch deren häusliche Dienstleistungen vergolten werden sollten, die Absicht sei mithin auf die Eingehung eines und nicht zweier zweiseitigen Geschäfte gerichtet gewesen; es handle sich also nicht darum, ob deren Gegenleistungen jetzt zur Compensation im technischen Sinne zu bringen seien,

sondern darum, wieviel der Eine von dem Andern wegen ungenügender Erfüllung der Gegenleistung verlangen dürfe. Wenn daher auch in dem Beweisinterlocut, in Anschluß an die in den Partheischriften gebrauchten Ausdrücke, von Compensation die Rede ist, so ist anzunehmen, daß damit die gedachte Ausgleichung durch Gegenleistung gemeint sei, und jedenfalls ist in obgedachten Worten klar ausgesprochen, daß die unter A. d. und B. d. ersichtlichen Beweisnormirungen zunächst nur als Anhaltspunkte für die Richtung und den Umfang des zu führenden Beweises anzusehen seien, und daß namentlich die in solchen gedachten Zahlen nur eventuell bestimmt seien, als Normen für eine noch in Betracht kommende Compensation der gegenseitigen Forderungen zu dienen. Diese Auffassung läßt sich nicht dadurch beseitigen, nur die decisiven Worte eines Erkenntnisses beschritten die Rechtskraft und nicht dessen Gründe, insofern man damit nur auf die Stelle des Urtheils, an welcher Beides vorkommt, Rücksicht nimmt. Die hervorgehobenen Worte, obgleich unter den sogenannten Entscheidungsgründen stehend, enthalten vielmehr den Kern der Entscheidung, während die normirten Beweissätze nur den Zweck haben, die Möglichkeit einer umsichtigen Entscheidung vorzubereiten. Es steht daher durch das Erkenntniß vom 26. Juni 1848 noch nichts rechtskräftig fest über die Frage, inwiefern sich die beiderseitigen Leistungen decken.

13. Ausgleichung gegenseitiger Leistungen.

Anlangend die Leistungen des Beklagten, so steht es rechtskräftig fest, daß er der Klägerin während der ganzen Zeit ihres Aufenthaltes in seinem Hause neben dem Mitgebrauch der Wohnstube eine Schlafstube und die in Frankfurt bei Personen seines Standes übliche Beköstigung gewährt hat. Auch ist beides von den Sachverständigen, wiewohl ohne Gründe zu monatlich fl. 20 veranschlagt, so daß es den Anschein hat, der Anschlag des Beklagten von fl. 18 per Monat sei nichts weniger als übersetzt. Es muß jedoch andererseits auf Grund des von der Klägerin und Beklagten geführten Beweises und eigentlichen Gegenbeweises für erbracht angesehen werden, daß die Klägerin in dem Hauswesen

des Beklagten häusliche Dienste in dem Maße geleistet habe, daß ein Recht des Beklagten sich für die von ihm geleistete Kost und Logis von der Klägerin, wenn auch nur theilweise entschädigen zu lassen, nicht angenommen werden kann. Als die Klägerin im Nov. 1841 in das Haus des Beklagten kam, war sie Wittwe und er Wittwer; sie ohne Familie, er dagegen hatte ein Hauswesen bestehend aus einer Tochter, welche den Kinderjahren kaum entwachsen war, einem Gesellen und einem Miethsmann, welcher zugleich Kost genoß. Es bedurfte daher der Beklagte einer Person, welche sein Hauswesen besorgte, sei es einer Frau oder einer erfahrenen Magd. Wenn Beklagter die Absicht gehabt hat, sich mit der Klägerin zu verehelichen, wie nach — — anzunehmen ist und womit auch die Art, wie er sich in gegenwärtiger Instanz ausspricht, übereinstimmt, und davon durch — — sich behindert erachtet haben will, und wenn ferner die Klägerin dem Beklagten ihr ganzes Vermögen, wohl schwerlich ohne gedachte Aussicht auf Ehelichung, anvertraut hat, so ist beides für die Stellung, welche die Klägerin in dem Hause des Beklagten eingenommen, von Bedeutung. Es bekundet nämlich die ursprüngliche Absicht der Partheien dahin, daß der Klägerin eine Stellung in dem Hauswesen des Beklagten eingeräumt werden sollte, nach welcher sie gleichgültig, ob Ehefrau oder Haushälterin die Führung des Hauswesens besorgen sollte. Dieser Auffassung des Sachverhältnisses steht

a. nicht entgegen, was Klägerin in ihrer Replikenschrift behauptet hat; denn auch die Frau oder die Haushälterin einer Person vom Stande des Beklagten hat den Diensten einer Magd je nach Umständen sich zu unterziehen und wenn die Klägerin die von ihr geleisteten Magddienste besonders geltend macht, so geschah solches nicht in der Absicht, ihre Leistungen als auf diese beschränkt darzustellen, sondern um dem Beklagten den namentlich in's Auge fallenden Gesichtspunkt für die materielle Unhaltbarkeit seiner Forderung zunächst vorzuführen. Damit widerlegt sich auch

b. was Beklagter über die mangelnde Nothwendigkeit einer höheren Aufsicht in seinem Hauswesen vorgebracht hat. Der Beklagte hat aber

c. die Magddienste der Klägerin durch die Bescheinigung zu beseitigen gesucht, daß der Klägerin von 2036 Tagen, während welcher sie in seinem Hause gelebt habe, an 1258 Tagen eine, theilweise zwei Mägde zur Seite gestanden hätten. Es erhellt jedoch hieraus, wenn man berücksichtigt, daß die Mägde Noll und Zahn 83 Tage lang zusammen gedient haben, nur, daß Beklagter wenig länger als die Hälfte der Zeit hindurch, während welcher die Klägerin bei ihm war, eine Magd gehalten. Ueberdies haben Mägde meistens je nach Verschiedenheit ihres Lohnes sehr verschiedene Fähigkeiten und es erhellt durchaus nicht, ob die von dem Beklagten gehaltenen Personen nur Auslauferinnen oder ob dieselben in dem Stande waren, die Wirthschaft des Beklagten zu führen. Daß aber Klägerin solches gethan, ergibt sich vollständig aus den Aussagen der vernommenen Zeugen.

— — — Es fragt sich daher nur noch, ob und inwiefern der Werth der von der Klägerin geleisteten Dienste auf Grund ihrer wiederholten Krankheit gemindert oder beseitigt werde.

— — — Es läßt sich auf Grund der obenstehenden Depositionen nicht behaupten, daß Klägerin durch ihren Krankheitszustand an der Wahrnehmung ihrer häuslichen Geschäfte behindert worden wäre. Sollte Klägerin auch häufiger, als für Beklagtens Wirthschaft wünschenswerth war, an Krankheit wirklich oder in ihrer Einbildung gelitten und demnach das Bett nicht selten gar nicht oder erst spät verlassen haben, so erscheint dadurch zwar der Gesammtwerth ihrer häuslichen Thätigkeit beeinträchtigt, allein keineswegs in dem Maße, daß dadurch eine Forderung des Beklagten für das der Klägerin gewährte Logis und Essen gerechtfertigt erscheinen könnte. Dieselbe befand sich nämlich noch in den Jahren, in welchen sie abgesehen von freier Kost und Logis ein Geldäquivalent für ihre Dienste in Anspruch zu nehmen berechtigt erscheint, mit welchem daher der Werth für Kost und Logis während ihrer Krankheit billiger Weise in Aufrechnung zu bringen ist. Jedenfalls hat aber der Beklagte, wenn er das seit November 1841, dem Einzug der Klägerin in das Haus des Beklagten, bestehenden Verhältniß zwischen Beklagtem und der Klägerin, nachdem sich dieselbe einige Monate — — entfernte, auch nach

der Rückkehr der Letzteren, August 1842, im Hause fortdauern ließ, es sich selbst beizumessen, wenn auch die allen Umständen nach ursprünglich vorhandene Absicht beider Theile, daß die beiderseitigen Leistungen sich gegenseitig decken sollten, als fortbestehend angesehen wird. Wollte er dieses nicht, so war es seine Pflicht, sich gegen die Klägerin damals klar auszusprechen und er kann, nachdem längere Zeit vor dem Scheiden der Klägerin aus dem Hause des Beklagten Jene dem Hausstande genügend vorgestanden, jetzt, wo sie sich beide in Unfrieden getrennt haben, die in eine frühere Zeit fallende Kränklichkeit der Klägerin, welche eine — abgesonderte Pflege überall nicht nothwendig gemacht hat, nicht benutzen, um eine zur Zeit jener Kränklichkeit nicht beabsichtigte Forderung daraus herzuleiten.

14. Der Proceßkosten wegen können liquide Forderungen nicht retinirt werden.

In dem gegenwärtigen Rechtsstreite ist schon mehrfach, sobald von der Forderung der Klägerin durch Geständniß, beziehungsweise Beseitigung der Einwendungen des Beklagten ein weiteres Quantum liquide gestellt war, dessen Auszahlung verordnet und wenn der Beklagte sich gegenwärtig dem gleichen Verfahren widersetzt, so übersieht er theils, daß es in Beihalt des Inhalts des ersten Erkenntnisses zur Zeit völlig illiquide ist, ob Beklagter von der Klägerin an Proceßkosten Etwas zu fordern haben werde, theils daß die Armuth der Klägerin keinen Grund für seinen Antrag auf Sicherstellung abgibt, da solches materiell den Antrag auf Caution für die Proceßkosten enthält, von der sie als Frankfurtische Bürgerin frei ist.

VI.

Frankfurt-Hanauer Eisenbahn dahier, Klägerin
contra
Philipp Boch und dessen Ehefrau Anna Maria, geb. Hartmann dahier, Beklagte.

Nachdem ein Theil des Grundstückes Gew. II. Nr. 45 als Bauplatz expropriirt worden war, wurde rechtskräftig festgesetzt, daß die auf demselben befindlichen Anpflanzungen zwar nicht als integrirender Theil einer Gartenanlage, wohl aber dahin zu taxiren seien, welchen Werth, sei es als Handelswerth, sei es als Brennholzwerth, dieselben nach erfolgter Trennung von Grund und Boden in der günstigsten Jahreszeit gehabt haben würden. Von den ernannten Sachverständigen taxirten zwei diesen Werth auf fl. —, während der Dritte sich dahin aussprach, daß die Anpflanzungen aus dem Grunde werthlos seien, weil die Versetzungs-, resp. Fällungskosten jeden Erlös absorbiren würden. Das Stadtgericht erkannte am 6. Juli 1853 auf eine neue Taxation, bei welcher allerdings die Sachverständigen ohne eigene Anschauung das Substrat ihrer Begutachtung aus den Acten schöpfen müßten.

Auf beiderseitige Appellationen (Klägerin verlangte Abweisung des Anspruches, Beklagte Zusprechung des von den beiden Taxatoren bestimmten Werthbetrages) bestätigte unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten das Appellationsgericht am 4. November 1853 das stadtgerichtliche Urtheil. Auf Appellation der Beklagten und Adhäsion der Klägerin sprach, unter Compensation der auf der Beklagten Beschwerdeführung in zweiter Instanz erwachsenen Kosten und der Kosten dritter Instanz, das Oberappellationsgericht am 15. Februar 1855 den Beklagten zwei Drittheile des von den beiden Sachverständigen ermittelten Werthes zu.

15. Verschiedene Ansichten der Sachverständigen, ob überhaupt einer Sache ein Werth beizulegen ist. Durchschnittssumme wegen Unthunlichkeit einer abermaligen Abschätzung.

Den Beschwerden mußte, obschon die Zweifelhaftigkeit sich nicht verkennen ließ, aus folgenden Gründen dahin Folge gegeben werden, daß von jeder neuen Expertise bewandten Umständen nach abzusehen sei. Denn zuvörderst ist

1. zwischen den durch die vorderen Erkenntnisse jetzt bei Seite gesetzten Gutachten nicht sowohl bloß in den Schätzungsangaben eine Abweichung zu finden, als vielmehr hat das allerdings auffallende Resultat, daß den von zwei Experten zu einem Handels-, resp. Holzwerth von über fl. — veranschlagten Anpflanzungen von dem dritten Experten aller und jeder Werth abgesprochen worden ist, eigentlich nur darin seinen Grund, daß über die factischen Voraussetzungen der Schätzung, ob nämlich und wieweit jene Anpflanzungen damals noch für versetzbar zu erachten gewesen und über die technischen Principien, nach welchen unter Voraussetzung solcher Versetzbarkeit der Handels-, entgegengesetzten Falles der Brennholzwerth zu berechnen sei, namentlich über die Berücksichtigung, welche die Kosten der Herausnahme, resp. Fällung finden müßten, eine Divergenz von Ansichten zwischen den Experten besteht. — — — — Sodann aber ist

2. die Anordnung einer wiederholten Schätzung immer von dem Ermessen des Richters abhängig und bloß eine facultative Befugniß desselben, auch unverkennbar diese Retaxation nur unter der Voraussetzung nachgelassen, daß eine solche durch andere Sachverständige nicht bloß den gegebenen Umständen nach ausführbar, sondern auch für die endgültige Bestimmung der Entschädigung eine verläßliche Grundlage zu geben geeignet erscheine. Dies ist aber vorliegend zu verneinen. Seit der schon im August 1848 erfolgten Immission der Klägerin in die expropriirte Parcelle sind nämlich

a. alle jene Anpflanzungen bis auf 5 angeblich noch darauf stehende Birken vollständig beseitigt, so daß die neuen Experten, wenn sie nicht etwa zufällig von früher her Kenntniß und Erinnerung jener ehemaligen Gartenanlagen haben, sich ganz außer

Stande befinden, durch Augenscheins-Einnahme sich von Zahl, Gattung und Beschaffenheit u. s. w. der von ihnen zu taxirenden Anpflanzungen Kenntniß zu verschaffen. Völlig ungenügend zum Ersatz dieses Mangels muß auch das Protocoll über die am 24. August 1848 — — — vorgenommene Augenscheins-Einnahme erachtet werden, auf welches die neu zu ernennenden Experten behufs der von ihnen erforderten Schätzung in den vorderen Erkenntnissen verwiesen worden sind; denn — — — Nun aber

b. handelt es sich einerseits vorliegend nicht etwa blos darum, wie hoch ungefähr der Holz- und resp. Handelswerth der Bäume, Sträuche, Zierpflanzen u. s. w. anzuschlagen sein möchte, welche für einen gleich großen und ähnlich angelegten Garten, als die angeblich im Jahr 1842 gemachte beklagtische Anlage nach der bei den Acten befindlichen Zeichnung gewesen sein mag, muthmaßlich zur Verwendung gekommen wären, und nach 6 Jahren noch sich vorgefunden haben könnten; sondern es soll nach jener doppelten Richtung hin gerade der specielle Werth ermittelt werden, welchen die einzelnen, effectiv bei der Expropriation noch vorhanden gewesenen Anpflanzungen als solche und nach ihrer individuellen Beschaffenheit gehabt hätten. — — — — Andererseits liegt es klar zu Tage, daß selbst von den früheren Sachverständigen, obwohl sie den fraglichen Garten wiederholt in Augenschein genommen hatten, kaum noch nach so vielen Jahren eine ganz vollständige und unbedingt verläßliche Erinnerung und Begutachtung darüber zu erwarten steht, von welcher Zahl, Gattung und Beschaffenheit alle jene einzelnen Anpflanzungen gewesen, sowie ob und in welchem Maße denselben eine Versetzbarkeit, resp. ob und wie hoch ein Handelswerth oder bloßer Brennholzwerth damals habe beigelegt werden können, und daß vollends für solche Sachverständige, denen jede eigene Kenntniß der früheren Gartenanlage und ihrer Bestandtheile ebenso fehlt, als die Möglichkeit sich nachträglich von Beschaffenheit und Größe oder auch nur von Stückzahl und Gattung jener Anpflanzungen zu vergewissern, eine Taxation der obigen Art ganz unthunlich erscheint und entweder von denselben abgelehnt oder doch jeder Beweiskraft entbehren würde. Diese Unthunlichkeit und Unverläßlichkeit der hier in

Frage stehenden Retaxation durch neu ernannte Sachverständige wird denn auch von beiden Partheien — — anerkannt und, wenngleich diese Uebereinstimmung nicht schlechthin maßgebend sein kann für den Richter, so ist sie doch von um so erheblicherem Gewichte, als

3. von den vorliegenden Gutachten das von den zwei Sachverständigen ausgearbeitete nicht für so verwerflich zu erachten ist, als es auf den ersten Blick scheinen mag und von den früheren Instanzen angenommen worden ist, wiederum das andere zu gegründetem Bedenken gegen die darin niedergelegte Ansicht, daß für den Fall der Herausnahme gar kein Werth jenen Anpflanzungen beizulegen gewesen wäre, Anlaß gibt. Denn — — —

Für sehr hoch gegriffen wird allerdings jene Schätzung des Handelswerthes erachtet werden müssen. Allein daß sie absolut verwerflich sei und nur bei völligem Mangel an Sachkenntniß oder bei Pflichtvergessenheit, namentlich bei Hintansetzung der Instruction, so hoch ausgefallen sein könne, wird an sich und nach Inhalt der Gutachten so wenig, als im Beihalt der von dem dritten Experten abgegebenen Taxation sich behaupten lassen, zumal über Versetzbarkeit oder Nichtversetzbarkeit, sowie darüber, ob zu Bestimmung des Handelswerthes die Versetzungskosten auf den Preis der Pflanzen in Anrechnung zu bringen seien oder nicht, und wie hoch sich solche belaufen möchten, eine Verschiedenheit der Ansicht wohl denkbar ist, hierin aber der von dem dritten Sachverständigen gethane Ausspruch völliger Werthlosigkeit aller jener Anpflanzungen und die Differenz seiner und der anderen Schätzung wurzelt.

War nun diesem allem nach bei der bisherigen Expertise stehen zu bleiben und die in den vorderen Instanzen beliebte Anordnung einer neuen Taxation durch andere Sachverständige wieder aufzuheben, so — — — — entbehrte, die Frage anbelangend, in welchem Maße auf Grund der bisherigen Expertise den Anträgen der Beklagten auf Verurtheilung der Klägerin Folge zu geben sei,

a. das Verlangen derselben, den ganzen Schätzungsbetrag des von den zwei Sachverständigen abgegebenen Gutachtens mit fl. — zugesprochen zu erhalten, jedes ausreichenden Grundes. Denn

3*

weder ist es als ein allgemein recipirter Grundsatz zu erachten, noch ist es vom doctrinellen Standpunkte aus zu billigen, auch bereits mehrfach vom Oberappellationsgerichte approbirt worden (vergl. Bd. I. Nr. 55) daß, wie Beklagte vermeinen und verlangen, bei Divergenz technischer Gutachten, wo solche nicht bloß in Verschiedenheit der Taxsumme bestehe, der Richter der Majorität zu folgen oder doch je nach seinem Ermessen dasjenige zu Grunde zu legen habe, welches ihm besser motivirt scheine. Außerdem unterliegen die hier in Frage stehenden Gutachten, wenn auch in verschiedener Richtung und Maßen, sämmtlich mancherlei Ausstellungen und kann gleich das von dem einen Sachverständigen abgegebene Gutachten nicht zu Gunsten der Klägerin entscheiden, so muß es ihr doch darin, daß es seinem letzten Resultate nach die den Beklagten zuerkannte Entschädigung auf Nichts bestimmt, mit zu Gute kommen und bei der im Falle differenter Taxationen nach der Zahl der Schätzer und dem Betrage aller Schätzungen zu ziehenden Durchschnittssumme mit berücksichtigt werden. Es war daher

b. lediglich dem in der gemeinschaftlichen Praxis und Doctrin für ungleiche Schätzungen als Regel anerkannten, durch § 35 des Enteignungsgesetzes nur in einzelnen Beziehungen modificirten Principe der Durchschnitts-Ziehung zu folgen und hiernach ohne Weiteres den Beklagten für die streitigen Anpflanzungen die von den beiden Sachverständigen begutachtete Entschädigungssumme zu ⅔ zuzubilligen.

VII.

Die Vormünder der Emma Margaretha Ehinger dahier, Imploranten.

In Betreff des großelternlichen Nachlasses sind die Vormünder der beiden Ehinger'schen Enkel verschiedener Meinung, ob nach den Testamenten die Enkelin Emma Margaretha

Ehinger heres in re certa oder Erbin des halben Nachlasses sei, und ob je nach der einen oder anderen Ansicht Ludwig August Ehinger die Legate ganz oder nur zur Hälfte zu bezahlen habe. Das Stadtgericht II. ernannte nun am 3. April 1854 einen Theilungsbeistand, um nach Maßgabe der Testamente das zur Erledigung der Erbabtheilung Erforderliche nach pflichtmäßigem Ermessen vorzukehren. Die Vormünder der Emma Margaretha Ehinger führten nun Beschwerde, weil dem Theilungsbeistande nur die Ausmittelung des Pflichttheils ihrer Mündelin aufzugeben gewesen, eventuell aber die Thätigkeit des Theilungsbeistandes noch auszusetzen wäre, bis über obige Meinungsverschiedenheit, namentlich in Betreff der deßhalb von ihnen erhobenen Klage entschieden sein würde.

Die Beschwerdeführung wurde verworfen vom

Appellationsgericht am 19. Mai 1854,

Oberappellationsgericht am 20. Febr. 1855.

16. Competenz des Oberappellationsgerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Die Zulässigkeit der ergriffenen Extrajudicial-Appellation konnte keinem Bedenken unterliegen, da die Appellanten in der vom Appellationsgerichte bestätigten Verfügung des Stadtgerichts eine Rechtsverletzung für ihre Curandin finden und die Möglichkeit einer solchen an sich denkbar ist, insofern Niemand genöthigt werden kann, ein Erbtheilungsverfahren, welches auf eine, seinem materiellen Rechte widersprechende Grundlage hin eingeleitet werden soll, als für sich verbindlich anzuerkennen. Die Beurtheilung des Rechtsmittels hatte sich aber auch nur mit der Frage, ob hier wirklich eine Rechtsverletzung zugefügt sei, zu beschäftigen, da in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Competenz des Oberappellationsgerichtes, wie dieses bereits mehrfach anerkannt hat, auf die Beseitigung etwa vorgekommener Rechtsverletzungen beschränkt ist.

17. Untersuchung, ob die im concreten Falle geschehene Ernennung eines Theilungsbeistandes eine Rechtsverletzung involvire.

Die in der Geschichtserzählung vorgebrachte Meinungsverschiedenheit — — liegt gegenwärtig ganz außer dem Kreise der anzustellenden Prüfung. Sie ist vielmehr nur Anlaß zu der weiteren, dort vorgetragenen, das einzuschlagende Verfahren betreffenden Differenz geworden. Wenn die Gerichte erster und zweiter Instanz dem Antrage der Vormünderin des Ludwig August Ehinger entsprochen und einen Theilungsbeistand ernannt haben, so sind sie, wie die beigefügten Motive außer Zweifel setzen, von der Ansicht ausgegangen, daß in jedem Falle, es möge nun in Ansehung des materiellen Rechtsverhältnisses die Auffassung der Appellanten oder die ihrer Gegner zu Grunde gelegt werden, die Errichtung eines Theilungsrecesses nöthig oder angemessen sei. Diese Ansicht unterliegt nun freilich erheblichen Bedenken. Läßt es sich schon bezweifeln, ob hier überhaupt Anlaß zu irgend einem Theilungsreceß gegeben sei, da die Erblasser in ihrem Testamente selbst bestimmt haben, was der Emma Marg. Ehinger auf ihren Erbtheil zugewiesen werden soll, so verstärkt sich dieser Zweifel noch für den Fall, daß die Rechtsauffassung der Appellanten durchdringen sollte, indem — — — die Curandin der Appellanten als reine Vermächtnißnehmerin betrachtet — — — es an einer Gemeinschaft beider Interessenten, welche durch eine Erbabtheilung gelöst werden müßte, und somit an Stoff und Gegenstand für einen Theilungsreceß allem Anscheine nach fehlen würde. — — — Auch wenn man übrigens die Nothwendigkeit oder Räthlichkeit eines Theilungsrecesses voraussetzt, so läßt sich doch nicht verkennen, daß je nach der einen oder anderen der beiden sich entgegenstehenden Rechtsauffassungen der Inhalt desselben ein völlig verschiedener werden müßte, daß es daher zu erfolgreicher Thätigkeit eines allgemeinen Theilungsbeistandes an sicherer Grundlage fehlen wird, so lange über die präjudicielle Streitfrage, ob die Curandin der Appellanten als eigentliche Miterbin oder nur als Vermächtnißnehmerin zu behandeln sei, nicht im Wege der Güte oder des Rechts entschieden ist.

Allein aus allen diesen Bedenken würde sich doch immer nichts

weiter herleiten lassen, als daß die Ernennung eines allgemeinen Theilungsbeistandes entweder überhaupt oder doch noch zur Zeit entbehrlich gewesen sei. Eine Rechtsverletzung dagegen könnte nur dann darin gefunden werden, wenn entweder die fragliche Verfügung den Ansprüchen der appellantischen Curandin Abbruch thäte, sei es, daß sie ihrer Anerkennung präjudicirlich oder ihrer Realisirung hinderlich wäre, oder wenn die Curandin der Appellanten dadurch mit unnöthigen Kosten belastet werden würde. — — — Da aber die vorigen Gerichte — — ausdrücklich erklärt haben, der Theilungsbeistand habe genau die letztwilligen Verfügungen zu Grunde zu legen und den Appellanten bleibe, wenn sie sich bei dem Resultat der Theilung demnächst nicht beruhigen zu können glaubten, der Rechtsweg unbenommen, — — — — da das Stadtgericht ausdrücklich erklärt hat, erst nach Beendigung des Theilungsgeschäfts werde zu bestimmen sein, inwieweit jedem der Erbinteressenten, die dadurch veranlaßten Kosten zur Last fielen — — — — so ist eine Rechtsverletzung nicht erfindlich.

VIII.

Die Handlung L. H. Flersheim dahier, Klägerin

contra

den Grafen Carl Theodor von Geldern auf Schloß Zangberg bei Ampfing in Oberbayern, Beklagten.

Klägerin klagte auf Grund zweier Contocorrente gegen den fremden Beklagten eine Forderung von fl. — ein, die theils durch unmittelbare Bezüge von Seiten des Beklagten, theils durch Auslagen, die Klägerin für Beklagten gemacht hatte, entstanden war. Klägerin begründete das forum des Contracts durch die Behauptung, daß die Geschäfte in Frankfurt geschlossen worden seien, und sie zwei dem Beklagten gehörige Kanzen von Piastern — als Pfand in Besitz habe. Der Beklagte, zum Theile die Forderungen bestreitend, opponirte dagegen

1. daß das forum contractus nicht begründet sei, weil Klägerin hier auf dem Platze nur als Banquier des Beklagten fungirt habe, die Schuldforderungen beständen aber lediglich aus, in München, resp. Augsburg lieferbaren Geschäften. Uebrigens könnten die beiden Kanzen als Papiere au porteur keinen Gerichtsstand der belegenen Sache abgeben.

2. Die Handlung L. H. Flersheim habe im Januar 1848 ihre sämmtlichen Ausstände ihren Gläubigern überwiesen: es fehle somit die Activlegitimation. Klägerin gesteht zwar zu, daß sie sich zu jener Zeit wegen der europäischen Geschäftskrisis mit ihren Gläubigern habe setzen müssen, leugnet aber, daß sie sich je ihrer Verfügungsrechte begeben habe.

Das Stadtgericht erkannte am 1. Oct. 1851, das forum contractus für begründet haltend, theilweise auf Verurtheilung des Beklagten, theilweise auf Beweis der Klägerin, dem Beklagten den Beweis vorbehaltend, daß die Klägerin im Jahr 1848 ihre sämmtlichen Ausstände ihren Gläubigern abgetreten und überwiesen habe, in welchem Falle die Klage abzuweisen sei.

Auf beiderseitige Appellation und auf Antrag von Actenversendung von Seiten des Beklagten erkannte das Spruchcollegium zu Tübingen am 4. Juli 1853, daß der präjudicielle Beweis des Beklagten in Betreff der Activlegitimation wegzufallen habe, — regulirte ferner in der Hauptsache die Verurtheilung des Beklagten in die liquiden Posten, sowie die Beweissätze theilweise anders, als es im stadtgerichtlichen Urtheil geschehen war, und setzte auch das Erkenntniß über den Kostenpunkt mit Ausnahme der Transmissionskosten und Urtheilsgebühren, welche dem Beklagten allein zur Last fallen, aus.

Auf Oberappellation des Beklagten erkannte unter Compensation sämmtlicher Kosten der drei Instanzen mit Ausnahme der Transmissionskosten, welche Beklagter allein zu tragen hat, das Oberappellationsgericht am 15. März 1855 das forum contractus nicht für begründet haltend, daß Klägerin zwar zum öffentlichen Verkaufe der in ihren Händen befindlichen zwei Kanzen Nr. — — im Nominalbetrage von — Piastern zu ermächtigen, dagegen mit ihrer auf Verurtheilung des Beklagten

zur Bezahlung der beiden Contocorrentforderungen gerichteten Personalklage von den Frankfurter Gerichten ab- und wegen ihrer nach Abzug des Pfanderlöses annoch habenden Ansprüche an den ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten mit der Rückstandsklage zu verweisen sei.

18. Zur Lehre über das forum contractus.

Die der Klage von vorn herein entgegengesetzte, in beiden vorderen Erkenntnissen als unbegründet verworfene — — Einrede der Unzuständigkeit der Frankfurter Gerichte war insoweit für wohlbegründet zu erachten, als Klägerin den Beklagten bei dem Frankfurter Stadtgerichte als dem foro contractus mittelst einer Personalklage auf Bezahlung des aus den beiden Contocorrenten [2] und [10] sich ergebenden Saldo's von fl. — nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Juli 1850 belangt hat. In dieser Beziehung kann

I. die sowohl nach gemeinem Rechte, als auch nach Fassung und Zusammenhang des

§ 1 der Ref. I. tit. 11

sehr zweifelhafte Frage füglich dahin gestellt bleiben, ob persönliche Anwesenheit des fremden Beklagten im Sprengel des als forum contractus angegangenen Gerichts zur Zeit der Klagerhebung und Citation als unerläßliche Voraussetzung anzusehen sei, um die Zuständigkeit dieses Gerichts zu begründen und den Beklagten außerhalb seines Wohnortes dingpflichtig zu machen, oder ob und in welchem Maße, namentlich ob auch ohne förmlichen Arrestschlag der Mangel jener persönlichen Anwesenheit für ersetzt zu gelten habe, wenn sich Vermögen irgend welcher Art des Beklagten innerhalb des Gerichtssprengels oder gar, wie hier, in Händen der unter dem angegangenen Gerichte wohnsässigen Klägerin befindet. Denn

II. bei näherer Prüfung der den gedachten Contocorrenten zu Grunde liegenden einzelnen Geldgeschäfte, auf welche um deßwillen zurückzugehen ist, weil weder aus Stellung, Einsendung und Anerkennung eines Contocorrents sich eine neue causa debendi herleiten läßt, noch auch vorliegend solche Geschäftsbeziehungen zwischen beiden Theilen bestanden haben, welche als wahre

administratio zu betrachten wären und das sogenannte forum gestae administrationis zu Frankfurt zu begründen vermöchten, ergibt sich mit ausreichender Evidenz, daß auch, abgesehen von der Abwesenheit des Beklagten in Frankfurt, ein forum contractus nicht anerkannt zu werden vermag, indem, wenn schon wenigstens theilweise in Bezug auf Uebernahme und Ausführung der vom Beklagten der Klägerin aufgetragenen Geschäfte Frankfurt für den Ort, wo solche geschlossen und perfect geworden, erklärt, insofern also wohl mit § 1 cit. und § 1 tit. 12 Th. 1 der Reformation gesagt werden könnte, es werde hier „Sachen halber so allhie in Frankfurt contrahirt" gestritten und es ständen solche „Sachen und Schulden" in Frage, „so allhie verhandelt und gemacht", doch für die Zahlungen, welche dem Beklagten zu gänzlicher Abwickelung jener Geldgeschäfte und Behufs der ihm obliegenden Contractserfüllung gegenwärtig angesonnen werden, nicht bloß nicht „versprochen" worden ist, „die Bezahlung allhie in dieser Stadt zu thun", sondern sogar nach der Natur der fraglichen Geschäfte, resp. nach den dieserhalb gestellten und bewilligten Bedingungen nur München, resp. Augsburg als locus solutionis zu betrachten ist, dies aber die Unzuständigkeit der Frankfurter Gerichte für die auf Bezahlung gerichtete Personalklage um so gewisser begründet, als darüber weder nach gemeinem, noch nach Frankfurter Rechte ein Zweifel bestehen kann, daß der Ort des Geschäftsabschlusses nur präsumtiv als Erfüllungsort zu gelten habe. Soviel nämlich zunächst

1. den in den Contocorrent übertragenen Saldo des Jahres 1839 im Betrage von fl. — betrifft, so hat Klägerin, daß derselbe aus einem, dem Beklagten gemachten und durch Tratten auf München berichtigten Darlehn herrühre, nicht sowohl für unwahr erklärt, als nur wegen der später erfolgten Uebertragung in den Contocorrent und wegen Anerkennung des letzteren vermeint, daß es nicht weiter darauf ankomme, in welcherlei Geschäft gedachter Saldo seinen Grund und Ursprung habe. Es darf also jene Angabe des Beklagten als zugestanden angenommen werden. Indem nun durch die klägerischer Seits erklärte Bewilligung des vom Beklagten gewünschten Darlehns zu Frankfurt lediglich ein

pactum de mutuo dando zu Stande gekommen ist, das Darlehn selbst aber mit wirklichem Empfang des Geldes, also erst durch Verkauf oder Einlösung der für den Beklagten nach München übersandten Tratten zur Perfection gelangte, so kann Frankfurt für diese Forderung nicht einmal als Ort des Geschäftsabschlusses angesehen werden. Es ist vielmehr nur in des Beklagten Domicil für die jetzt verlangte Rückzahlung des Darlehns ein forum contractus oder solutionis anzunehmen, zumal Klägerin nicht bloß die Rückzahlung in Frankfurt bedungen zu haben, nirgends behauptet, sondern auch den, die Anerkennung gedachten Saldo's enthaltenden beklagtischen Brief vom 3. Februar 1840, welcher sehr bestimmt München als den Ort, wo die Zahlung zu geschehen haben werde, bezeichnet, ihrerseits in Bezug genommen hat, ja sogar — — — auf das spätere Verlangen des Beklagten — — ohne irgend welchen Vorbehalt entsprechende Vorkehrungen für eine in München oder wenigstens in Augsburg zu beschaffende Berichtigung jenes Darlehns-Saldo's getroffen hat. Anbelangend sodann

2. den von der Klägerin in Beklagtens Auftrag zu Frankfurt bewirkten Ankauf von fl. — Holländischer Integralen, aus welchem, im Uebrigen vollständig abgewickelten Geschäfte der im Contocorrent für Verlust an Zinscoupons mit fl. — — angesetzte streitige Posten herrührt, so sind die Partheien darüber einverstanden, daß die Lieferung jener Integralen, gegen welche erst die Bezahlung der deßfallsigen Auslagen und sonstigen Forderungen der Klägerin sowohl zu geschehen hatte, als auch geschehen ist, in Augsburg erfolgen sollte, und wirklich daselbst — erfolgt ist. Dieser für die Hauptleistung bestandene Erfüllungs- und Zahlungs-Ort muß aber auch für die Accessorien, wozu jener angeblich bei Einwechselung der beim Ankauf mitübernommenen Zinscoupons — — erlittene Verlust an sich unbedenklich gehört, als maßgebend, insbesondere auch in Betreff der Frage nach dem Gerichtsstande erachtet werden.

Vergl. Martin Lehrbuch des Processes 12. Aufl. § 53 p. 94 init.

und wenngleich die sententia a qua davon ausgehend, daß, falls der Einkaufs-Auftrag auf einen schon im Oct. — — auszuführenden Tageskauf gerichtet gewesen wäre, jene Coupons als für

Beklagtens Rechnung mitübernommen anzusehen sein würden und Diesen der daran erlittene Verlust treffen müßte, daß auch solchenfalls die Vereinbarung über erst im Januar und zu Augsburg zu bewirkende Lieferung als ein selbstständiger anderweiter Geschäftsauftrag zu behandeln wäre, die in erster Instanz erfolgte Rückweisung jenes Ersatzanspruches nur bedingter Weise und unter Beweisvorbehalt für die Klägern bestätigt hat, wenngleich sonach die accessorische Beziehung dieses Anspruches zu der bereits erfolgten Hauptleistung noch nicht definitiv feststeht, so kann dies doch für eine Zuständigkeit der Frankfurter Gerichte um so weniger von Einfluß sein, als die Competenz vor der Proceßverhandlung feststehen und unabhängig von der etwa der Klägerin noch obliegenden, resp. nachzulassenden Beweisführung constatirt sein muß, als überdies beide Partheien darüber einverstanden sind, daß Ertheilung, Annahme und Ausführung eines einzelnen Auftrags nach und an einem bestimmten Orte nicht von selbst und unbedingt alldorten ein forum contractus zu begründen vermöge.

3. Bei der dritten im Contocorrent enthaltenen klägerischen Forderung aus einem in Beklagtens Auftrage und für dessen Rechnung zu Frankfurt effectuirten Ankaufe von österreichischen fl. 500 Loosen, in Betreff deren nicht der mit fl. — angesetzte Ankaufspreis, sondern, außer einem unbedeutenden Portoansatze, nur die Zins- und Provisions-Berechnungs-Weise streitig ist, findet zwar die im jetzigen Libelle vorkommende Aeußerung des Beklagten, es seien diese Loose „in München lieferbar" gewesen, des Beklagten Wohnort also von vorn herein zum Erfüllungsorte bestimmt worden, weder — in der zu den Acten gekommenen Correspondenz, noch in der Klägerin Vorbingen eine Unterstützung. Allein, daß wenigstens hinterher beide Theile darüber einverstanden gewesen, es solle die in Folge gedachten Loos-Ankaufs dem Beklagten obliegende Zahlung in München geschehen, erhellt — — — aus den zu den Acten gekommenen Briefen; und kann der Umstand, daß die vom Beklagten zu München an ein von der Klägerin aufzugebendes dortiges Haus zugesagte Baarzahlung später unterblieb, die Klägerin nicht berechtigen, ihre Zustimmung und Mitwirkung zu

dortiger Abwicklung des fraglichen Geschäfts als nicht geschehen zu behandeln und sich darauf zu berufen, daß doch die Annahme und Erfüllung des ihr gewordenen Einkaufs-Mandats zu Frankfurt geschehen sei und daß sie auf dortige Abnahme und Einlösung jener Loose an sich hätte bestehen dürfen. Was endlich

4. den Ankauf von — österreichischen Bank-Actien betrifft, so ist für den hierbei in Frage stehenden Auftrag von vorn herein Seitens des Beklagten, daß ihm solche in München geliefert würden, bedungen, dies auch nicht etwa bloß nebenher gewünscht, sondern deutlich genug als ein wesentlicher und integrirender Bestandtheil des Geschäfts bezeichnet und von der Klägerin sowohl zugestanden, als gerade in solchem Maße behandelt worden. — — — — Beklagter hat nun späterhin an diesen Bedingungen nichts weiter geändert, als daß er alternativ mit München auch zur Abnahme in Augsburg sich bereit erklärte. — — Klägerin hat auch, worüber kein Streit ist, im Laufe des Septembers — die fraglichen Bankactien in Augsburg an Isid. Obermayer, wo Beklagter solche abnehmen und einlösen sollte, wirklich eingesendet und damit, daß Frankfurt nicht der Lieferungs- und Erfüllungsort sei, anerkannt.

Nun ist zwar auch diese Abnahme nicht erfolgt und, in Folge dessen, Retournirung der Actien nach Frankfurt eingetreten, wo sie in Folge der schon am 11. August vom Beklagten gewünschten, von der Klägerin eventuell, unter gewissen Bedingungen schon damals bis ultimo November übernommenen und später trotz der noch unerledigten Differenzen über die gemachten Einkaufs-Ansätze wirklich vereinbarten und immer weiter ausgedehnten Prolongation geblieben sind und nach Inhalt des Briefes vom 11. August, worin Beklagter jene Actien für seine Rechnung „dorten in die Kost zu geben" bat, auch bleiben sollten. Ferner ist allerdings durch die Worte, mit welchen Beklagter seinen Auftrag formulirte, — „österreichische Bank-Actien .... hier gelegt .... zum Course zu kaufen," nur die Lieferung und Abnahme der für Beklagten eingekauften Actien, nicht ausdrücklich die Bezahlung der deßfallsigen Auslagen und Forderungen der Klägerin in München, resp. Augsburg stipulirt worden. Endlich hat sogar Klägerin verlangt, daß die Abnahme in Frankfurt erfolge. Allein weder kann dies

letztere Verlangen, zumal Beklagter demselben alsbald — — widersprach und „nie anders als in Augsburg" die Actien übernehmen zu wollen erklärte, irgend von Gewicht sein, da die einmal acceptirte Bedingung des Ankaufs und Auftrags einseitig zu ändern Klägerin selbst dann nicht befugt war, wenn Beklagter den ihm obliegenden Verbindlichkeiten nachzukommen säumte; noch auch sind die beiden andern vorberegten Umstände von solcher Erheblichkeit, als die sententia a qua angenommen hat oder gar eine Zuständigkeit der Frankfurter Gerichte zu begründen geeignet.

Denn da Klägerin, mochte sie in Folge der ihr ertheilten Commission die Lieferung der Actien selbst übernommen oder bei Dritten beschafft haben, den Kaufpreis, resp. ihre deßfallsigen Auslagen nicht anders und nicht früher, als bei und gegen Auslieferung der Actien fordern konnte, so war damit, daß dem Beklagten deren Abnahme nur in München, resp. Augsburg angesonnen werden durfte, implicite auch eine dieser Städte als Zahlungsort festgestellt, und läßt sich, selbst im Hinblick auf die wiederholt nach Frankfurt hin erfolgten Deckungszuschüsse, in keiner Weise der sententia a qua darin beitreten, daß stillschweigend nach der ganzen Sachlage Frankfurt als Zahlungsort festgestellt worden sei. In der Prolongation dagegen liegt (und zwar gleichviel ob man dieselbe mit der Klägerin als ein eigentliches Reportgeschäft behandle, wodurch Beklagter die Actien zu dem Preise, für welchen er sie abzunehmen gehabt hätte, wiederum der Klägerin mit der Berechtigung und Verpflichtung zum Rückverkaufe für den Tagescours bei Ablauf der Prolongationsfrist käuflich überlassen hätte, oder ob man darin, wie Beklagter will, nur eine gegen bestimmte Provisionsgebühr, unter gleichzeitiger, durch Zuschuß anderweiter Werthpapiere bei etwaigem Sinken des Courses eventuell zu erhöhender Pfandschaft der angekauften, in Händen des Verkäufers verbleibenden Effecten verabredete Befristung für deren Abnahme und Einlösung findet) schon an sich nicht eine solche Conversion der bisherigen Geschäfts- und Rechtsbeziehungen zwischen Klägerin und Beklagten, daß jene anfängliche Clausel wegen des Abnahmeortes als erloschen anzusehen wäre, und jede Prolongations-Abrede als ein ganz neues und selbständiges, mit dem ursprüng-

lichen Einkaufs-Auftrage und den vorangegangenen Prolongationen rechtlich in gar keinem Zusammenhange weiter stehendes Geschäft gelten müßte. Am wenigsten würde aber sich in vorliegendem Falle solche Auffassung rechtfertigen, da Klägerin auch nach Wiedereingang der nach Augsburg gehenden und von dort mit — Zuschuß-Actien zurückgekommenen Effecten, sowie ungeachtet der inzwischen schon vereinbarten Prolongation — — — wiederholt jene wegen Lieferung und Abnahme in München gleich anfangs gestellte Clausel als für das ganze Geschäft maßgebend und in fortdauernder Kraft bestehend selbst anerkannt hat.

Die zweite Instanz sprach sich dahin aus:

Der Gerichtsstand des Contracts erhält in dem Thatsächlichen der hier obwaltenden Rechtsverhältnisse in genügender Weise seine Begründung. Die gesetzlichen Erfordernisse für das forum contractus sind nach gemeinem Rechte,

1. daß der Vertrag, aus welchem die Klage erhoben wird, an dem betreffenden Orte perfect geworden, oder zu seiner Vollendung gekommen ist, beziehungsweise, daß es der verabredete oder gesetzliche Erfüllungsort sei,

Albrecht über das Motiv des forum contractus. Würzburg 1845
Savigny System VIII. p. 205 ff.

2. daß der Beklagte an dem Orte des geschlossenen Vertrages persönlich sich befinde oder daselbst Vermögen besitze.

Linde Lehrbuch des Civilprocesses § 91
Savigny l. c. VIII. p. 244 ff.

Hiermit stimmt das statutarische Recht

Ref. I. tit. 11 § 1

überein. — — — —

Was zunächst das unter 1. angeführte Erforderniß betrifft, so ist daran im vorliegenden Fall kein Mangel vorhanden. In der Klage werden zwei Anforderungen verbunden:

a. aus einer Contocorrentforderung, herbeigeführt durch unmittelbare Bezüge von Seiten des Beklagten, wie durch Auslagen für östert. Staatspapiere, welche in dessen Auftrag von der Klägerin in Frankfurt erkauft wurden, und

b. aus Auslagen, welche ebendaselbst im Auftrag des Beklagten die Klägerin für — österreichische Bankactien gemacht und nachmals für deren Prolongationen stets vermehrt hat.

Obgleich nun über den Umfang der aus diesen Vertragsgeschäften und Geschäftsaufträgen hervorgehenden Verbindlichkeiten Streit besteht, so ist doch die Annahme, Abschließung und beziehungsweise Ausführung dieser Rechtsgeschäfte in Frankfurt, nachdem die Aufträge von anderen Orten her durch den Beklagten gegeben waren, nicht in Abrede gezogen worden. Die fraglichen Verträge sind demnach hier nicht nur zur Perfection gekommen, sondern es sollten dieselben — nach der aus den begleitenden Umständen sich ergebenden Absicht der Partheien — auch gerade hier ihre rechtliche Vollziehung oder Erfüllung (solutio) finden, und eben damit muß denn, aus dem einen, wie aus dem anderen Grunde die Zuständigkeit des Gerichts, vor welchem die Klage erhoben wurde, als hergestellt gelten.

Nicht weniger ist aber auch das weitere, unter 2. bezeichnete Erforderniß in genügender Weise vorhanden. — — Aus der angeführten Stelle der Reformation wird zwar von dem Beklagten die Folgerung abgeleitet, daß es zur Zuständigkeit des Vertragsgerichtsstandes nothwendig auch der persönlichen Anwesenheit des Beklagten bedürfe, daher, als Folge dieses Mangels, die Klage wegen seiner Incompetenz von dem Stadtgericht hätte abgewiesen werden müssen. Allein dieser Behauptung kann man nicht beipflichten.

Es läßt sich nämlich mit zureichendem Grunde bezweifeln, ob der angeführte § 1 der Reformation überall die Absicht hat, über das forum contractus Vorschriften zu geben und zwar solche, die von dem gemeinen Proceßrechte abweichen.

— — — — — — — — — — — — — — — — — — —

Bender Lehrbuch des Civilproc. p. 46 nte. 3.

— — — — — — — — — — — — — — — — — — —

Orth Anmerk. zur 4ten Forts. p. 411. 428.
Bender Lehrb. des Privatr. p. 286. 287.

Da es nun rechtlich gewiß ist, daß von dem Beklagten an die Klägerin zu ihrer Deckung und als Depot — — Piaster in Spanischen Kanzen übersendet worden sind, so ist dadurch jedenfalls dem weiteren

Erforderniß zur Begründung des Gerichtsstandes am Orte des Contracts Genüge geleistet.

Hiergegen können auch die Einwendungen des Beklagten, als nicht zu Recht bestehend, keine Beachtung finden. — — — — Es wird von dem Beklagten geltend gemacht, daß die Aufträge des Beklagten gar nicht Aufträge und Geschäftsbesorgungen in Frankfurt bezweckten, sondern die Lieferung diverser Staatspapiere in gewisser Zeit und zu gewissen Summen nach München und Augsburg, daher es gleichgültig gewesen sei, wo die Klägerin die ihr zur Lieferung nöthigen Ankäufe oder die zur Vollziehung der Aufträge nöthigen Geschäfte abgeschlossen habe.

Wäre diese Behauptung thatsächlich richtig, so müßte man allerdings dem Beklagten darin beipflichten, daß zu Frankfurt der Gerichtsstand des Vertrages nicht stattfinde. Denn nach bekannten Rechtsbestimmungen ist, wenn zwischen den Contrahenten eines Obligationsverhältnisses ein besonderer Zahlungs- oder Erfüllungsort ausbedungen und festgesetzt wird, dort, und nicht an dem Orte der Perfection, der Vertragsgerichtsstand begründet, wie denn auch die Ref. a. a. O. in dieser Bedeutung am Orte der bedungenen Bezahlung jenen Gerichtsstand anerkennt.

Allein so verhält es sich im vorliegenden Falle thatsächlich nicht. Die Klägerin war nicht die Schuldnerin des Beklagten, die, als solche, an ihn zu Leistungen an einem gewissen Orte verpflichtet gewesen wäre. Vielmehr war sie dessen Beauftragte, dessen Banquier, um in Frankfurt gewisse Staatspapiereinkäufe für den Beklagten zu besorgen, für ihn bestimmt limitirte Käufe in dieser Waare, die einen Tagescours hat, abzuschließen. Zwischen der Klägerin und dem Beklagten handelte es sich also nicht von Rechtsgeschäften, aus welchen die Klägerin an den Beklagten Zahlungen zu machen, Leistungen abzuführen hatte, für welche ein besonderer Leistungsort festgesetzt worden wäre. Vielmehr besteht, nach dem erwähnten Thatsächlichen, zwischen ihnen ein Mandatsvertrag, dessen Erfüllung von Seiten der Klägerin in Frankfurt erfolgen sollte und dort erfolgt ist. Wenn aber die Klägerin zugleich auch übernommen hatte, die im Auftrage und für Rechnung des Beklagten in Frankfurt erkauften Staatspapiere nach München oder Augsburg zu übersenden, so geschah dies in Folge einer anderweitigen

Abrede, welche den ursprünglichen Mandatsvertrag nicht abänderte oder modificirte und am wenigsten auf den durch jenen begründeten Gerichtsstand abändernd einwirken konnte.

Ja selbst dann, wenn es richtig wäre, daß der aus dem zweiten Contocorrent geltend gemachten Forderung nicht ein im Auftrage des Beklagten gemachter Ankauf der Oesterreichischen Bankactien zum Grunde gelegen habe, sondern ein mit der Klägerin selbst abgeschlossenes Lieferungsgeschäft, bei welchem die Lieferung der Actien in Augsburg oder München bedungen worden, würde dennoch, in Folge eingetretener Conversion, das forum contractus auch aus diesem Rechtsgeschäft in Frankfurt bestehen. Denn gewiß ist, daß die Lieferung weder in München, noch in Augsburg erfolgte, daß solche Lieferung von dem Beklagten gar nicht und niemals verlangt wurde, daß vielmehr die Actien in Frankfurt mit Zustimmung des Beklagten in der Hand der Klägerin blieben und, auf Begehren des Beklagten, immer länger und auf's Neue prolongirt worden sind. Demnach wurde jedenfalls durch diese in Frankfurt perfect gewordene Prolongationsverträge dort auf's Neue — indem es an den weiteren Erfordernissen dafür nicht fehlte, — der Gerichtsstand des Vertrags hergestellt. Allein es bedarf nicht einmal dieser Rücksichtsnahme auf Conversion. Denn es läßt sich, wie schon oben bemerkt wurde, überall nicht bezweifeln, daß rücksichtlich dieses Actiengeschäftes Frankfurt stillschweigend unter den Betheiligten als Zahlungsort bedungen worden ist. Dort erfolgte der Ankauf der Actien, dort fand die Verrechnung statt, dort geschahen die Prolongationen, dahin hat der Beklagte wiederholt und nach längeren Zwischenräumen Deckungszuschüsse remittirt, dort sollte demnach auch die Realisirung des Geschäfts mittelst der Zahlungsleistung durch den Beklagten erfolgen, dort ist also, auch nach der Reformation a. a. O., der Gerichtsstand des dort perfect gewordenen Vertrags begründet.

Aber dasselbe gilt auch für die Geschäfte des ersten Contocorrents, selbst wenn, wie der Beklagte behauptet, der Posten Nr. 1 aus einem Darlehen herstammen sollte. Denn, abgesehen von dessen Connexität mit den übrigen, ist auch dieser Posten, als ein Banquier-Darlehen, zu einem kaufmännischen Saldogeschäft geworden, für welches, indem in Frankfurt die Zahlung geleistet wurde, nach der zu vermuthenden

Absicht der Betheiligten dort gleichfalls die Rückzahlung eintreten sollte. Bei solchen kaufmännischen Darlehen wird von dem Darlehngeber angenommen, daß die Rückzahlung auch da erfolgen werde, wo das Geschäft gemacht wurde und wo er sich aufhält; demnach ist, da eine andere Festsetzung nicht stattgefunden hat, dort auch der Gerichtsstand für dieses Vertragsverhältniß, als am stillschweigend bedungenen Zahlungsort, begründet.

19. Pfandklage nach art. 54 der Wechselordnung vom Jahr 1739 vor dem forum rei sitae.

So wenig nun dem in voriger Nummer Vorgetragenen gemäß — ein forum contractus zu Frankfurt anzunehmen stand und daher nichts übrig blieb, als Klägerin mit ihrer auf Bezahlung gerichteten Personalklage an den ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten zu verweisen, so konnte dagegen die Zuläßigkeit einer Pfandklage vor den dortigen Gerichten als dem foro rei sitae an sich nach der gegebenen Sachlage nicht dem geringsten Zweifel unterliegen. Denn

1. der Umstand, daß für die in dem einen Contocorrent zusammengefaßten Forderungen ein Pfandrecht niemals ausdrücklich vom Beklagten bestellt worden ist, muß gegenüber dem

art. 54 der Wechselordnung v. J. 1739

für ganz unerheblich erachtet werden, da hier zu Gunsten des Gläubigers, in dessen Händen sich Effecten oder Waaren des Schuldners befinden, ein gesetzliches Pfandrecht, und dies nicht etwa bloß in Betreff solcher Forderungen gewährt ist, welche aus demselben Geschäfte, in Anlaß dessen jene Effecten ꝛc. in des Gläubigers Besitz kamen, herrühren oder demselben wenigstens connex sind. Ferner ist

2. der Einwand, daß ein bloßes pignus nominis das forum rei sitae nicht begründe, jedenfalls da, wo es sich um Verpfändung von Staatspapieren handelt, ein durchaus unbegründeter, indem bei dieser Gattung von au porteur lautenden Schuldscheinen der Character der Waare vorherrschend und die Analogie mit körperlichen beweglichen Sachen fungibler Natur ganz unbedenklich ist. Endlich ist auch

3. für grundlos, resp. unerheblich der weitere Einwand zu erklären, daß Klägerin die zwei zu ihrer Deckung bestimmt gewesenen Spanischen Kanzen gar nicht als Pfand angenommen und deren dermaligen Besitz nicht einmal implicite und indirect durch Oblation ihrer Rückgabe für den Fall der Befriedigung behauptet, jedenfalls solchen Besitz noch nicht nachgewiesen habe. Denn — — in dem Gesuche, zum Verkaufe der gedachten Kanzen ermächtigt zu werden, kann — — — — eine ausreichende Behauptung, jene Kanzen noch zu besitzen, gefunden werden. Ueber den Fortbestand aber dieses Besitzes jetzt noch auf Grund eines in erster Instanz überall nicht gestellten Antrags einigen Ausweis zu verlangen, würde unnütze Formalität und Weiterung sein, indem die Ermächtigung der Klägerin zum Verkaufe auf die ihr speciell verpfändeten Nummern zu beschränken ist, auch natürlich der Befugniß des Beklagten, dieselben unter Tilgung seiner Schuld einzulösen, in keiner Weise präjudicirt.

20. Pflicht des Richters, eine Klage, soweit thunlich, aufrecht zu erhalten, in Beziehung auf die in der vorigen Nummer erwähnte Pfandklage.

Viel zweifelhafter, als der in der vorigen Nummer besprochene Punkt, war, ob nach der formellen Proceßlage die erhobene Klage als Pfandklage aufrecht erhalten und die Zuständigkeit der Frankfurter Gerichte als des fori rei sitae anerkannt werden könne. Nicht daß überhaupt, wie Beklagter vermeint, eine Cumulation der Pfand- und der Contractsklage für unstatthaft und durch Anstellung der letzteren die Möglichkeit jener ausgeschlossen, auf solche verzichtet wäre; zu Beseitigung welchen grundlosen Einwandes es genügen wird, auf das Erkenntniß des Oberappellationsgerichtes

in Fr. S. Gebr. Bethmann c. Cramer 1841

zu verweisen, — wohl aber um deßwillen, weil Klägerin, wie sie in in der Klage nur den Gerichtsstand des Contracts als zu Frankfurt vorhanden auszuführen versuchte, so auch in den weiteren Verhandlungen aller drei Instanzen wiederholt erklärt hat, daß ihre Klage keine Pfand- und dingliche Klage sein solle, und daß das Frankfurter Gericht nur als forum contractus, nicht als forum

rei sitae von ihr angegangen worden sei. Indessen läßt sich doch das petitum der Klagschrift, Klägerin „zum Verkaufe der ihr verpfändeten Kanzen zu ermächtigen," zumal in Verbindung mit dem weiteren Gesuche „die Rückstandsforderung vorzubehalten," sowie im Hinblick darauf, daß bei verpfändeten Staatspapieren nach dem

Gesetz vom 20. April 1830 § 1 (Ges. u. Stat. Samml. Th. 4. p. 209)

es der Pfandklage zwar zum Behuf einer Befriedigung aus dem Pfande nicht bedarf, solche indessen alternativ neben dem öffentlichen Börsenverkauf dem Gläubiger frei bleibt, ganz füglich dahin auffassen, daß nebenher für den Fall, wenn die Bezahlung auf Grund und in Folge der Contractsklage nicht zu erreichen sein sollte, auch das Pfandrecht der Klägerin habe geltend gemacht werden sollen. Zugleich hat einerseits Klägerin replicando die Aeußerung, es sei eine hypothecarische Klage in rem nicht erhoben, das forum rei sitae nicht beansprucht, zumeist nur gegen den exceptivischen Einwand, es scheine, als solle die erhobene Klage eine dingliche und bei dem Gerichtsstande der belegenen Sache erhoben sein, gerichtet, und mit der wörtlichen Erklärung verbunden, daß „eventuell (das forum rei sitae) durch den hiesigen Verbleib der Pfandstücke begründet wäre und behauptet werden solle." Andererseits hat Beklagter auf diese Erklärung sich duplicando eingelassen, nur aus materiellen Gründen die Stattnehmigkeit dieser Pfandklage angefochten und kann also mit seinem in jetziger Instanz erst vorgebrachten Einwande, es sei die replicarische Bezugnahme auf art. 54 und das hierin ertheilte Pfandrecht verspätet, nicht mehr gehört werden. Endlich müßte der Klägerin jedenfalls die Pfandklage zu Frankfurt vorbehalten bleiben und da der deßfallsige neue Proceß bei allseitig und vollständig bereits erfolgter Erörterung aller für diese Klage und die deßfallsige Zuständigkeit der Frankfurter Gerichte erheblichen Momente, wesentlich nichts, als theilweise Wiederholung der gegenwärtigen Verhandlungen sein würde, so mußte es bei der dem Richter obliegenden Pflicht, eine Klage, soweit thunlich aufrecht zu erhalten, angemessen erscheinen, über die erhobene Klage als eine in foro rei sitae ange-

stellte Pfandklage die entsprechende Entscheidung alsbald zu treffen. Dies um so mehr als in solcher Richtung die Sach- und Proceßlage es gestattete, mit Beiseitelassung der meisten übrigen Streit- und Beschwerdepunkte, sofort definitiv zu erkennen. — — — Es kommt nämlich lediglich nur darauf an, ob bis zum Werthbelaufe der zu veräußernden Kanzen — — — eine liquide und fällige Forderung der Klägerin vorliege. In dieser Hinsicht ist — — — Beklagter einen weit größeren Betrag geständig.

Bei dieser Sachlage und, da dem als forum rei sitae mit einer Pfandklage angegangenen Gerichte, mag es immerhin sonst und für eine Personalklage der Gerichtsbarkeit über den Pfandschuldner entbehren, doch das Recht nicht abzusprechen steht, über das Vorhandensein der gedeckten Forderung als über eine wesentliche Voraussetzung des Pfandrechts seinerseits zu erkennen, war es denn unbedenklich, unter sonstiger Abweisung der zu Frankfurt mit Unrecht erhobenen und verhandelten Klage — — — die Klägerin angetragener Maßen zum Verkaufe der in ihren Händen befindlichen Kanzen zu ermächtigen.

21. Einrede der klägerischen Zahlungseinstellung und außergerichtlichen Abtretung und Ueberweisung sämmtlicher Ausstände an die Gläubiger.

Es ist*) die Behauptung des Beklagten, daß der Mangel der klägerischen Activlegitimation zur Sache schon jetzt erwiesen in den Acten liege, eine vollkommen irrige. Denn aus dem Zugeständniß der ihr im Jahr 1848 zugefallenen Nothwendigkeit, mit ihren Gläubigern sich setzen zu müssen, folgt nicht ein Heraustreten aus ihren gesammten Forderungsrechten, da ein solches „sich setzen" in sehr verschiedener Weise geschehen konnte, also keineswegs schlechthin eine Nachfolge ihrer Gläubiger in alle Forderungsrechte der Klägerin in sich schließt. — — — Demnach würde jedenfalls der Beklagte den Beweis der Einrede der der Klägerin ermangelnden Activlegitimation zur Sache führen müssen.

---

*) Das Oberappellationsgericht approbirt bei dieser, auch für die Pfandklage präjudiciellen Einrede lediglich die Ausführung des zweitinstanzlichen Urtheils.

Dieser Beweis könnte insbesondere nach bekannten Rechtsgrundsätzen hergestellt werden, wenn von dem Beklagten dargethan würde, daß im Jahr 1848 ein gerichtliches Concursverfahren gegen die Klägerin verhandelt worden sei.

Ein solches ist aber von dem Beklagten nicht einmal behauptet worden, sondern nur, daß im Jahr 1848 die Einstellung der klägerischen Zahlungen und eine außergerichtliche Abtretung und Ueberweisung ihrer sämmtlichen Ausstände an ihre Gläubiger von Seiten der Klägerin vorgenommen worden sei. Allein diese Thatsachen — deren Beweis vorausgesetzt — sind nicht geeignet, — — — eine Beweisauflage zu motiviren. — — — — Die Klägerin behauptet nämlich mit vollem Recht, daß, auch unter der Voraussetzung einer im Jahr 1848 erfolgten Einstellung ihrer Zahlungen und einer in deren Folge stattgehabten Abtretung ihrer sämmtlichen Ausstände an ihre Gläubiger, ein zureichender Grund fehlen würde, ihr Klagrecht für aufgehoben zu erklären. Denn auch als Cedentin ist sie Gläubigerin geblieben, also befugt zum Klagen, so lange nicht der Cessionar den Schuldner entweder von der Cession förmlich benachrichtigt oder mit ihm litem contestirt hat, wodurch, mittelst Novation, das Forderungsrecht des Cedenten aufgehoben wird.

Thibaut System des Pandectenr. (8 Aufl.) § 533.

Puchta Vorlesungen über das heut. röm. R. II. p. 121 ss.

Mühlenbruch Cession p. 85—92. p. 480—482.

Es ist jedoch weder das eine, noch das andere von dem Beklagten als geschehen behauptet worden, — — —

Was aber betrifft die in den Acten liegende Behauptung der angeblichen anderweiten sicheren Kenntniß, welche der Beklagte von der angeblichen Abtretung und Ueberweisung der sämmtlichen klägerischen Ausstände an die Gläubiger der Klägerin erhalten haben will, so kann dadurch, auch die Wahrheit der Cession vorausgesetzt, das Erforderniß der Benachrichtung durch den Cedenten nicht vertreten werden. Denn da schon die Vorschrift über die Anzeige

L. 3 C. de novation. (8,42)

L. 4 C. quae res pignori (8,17)

singulari modo das jus commune, nach welchem der Cedent, der Forderungsabtretung ungeachtet, der Gläubiger bleibt, abändert, so ist keine Ausdehnung derselben zulässig.

Mühlenbruch a. a. O. p. 492 ss.

Sintenis das prakt. gem. Civilr. II. § 128 p. 802. 821.

Hiergegen wird auch nicht etwa angeführt werden können, daß die von dem Beklagten behauptete, im Jahr 1848 angeblich geschehene, außergerichtliche Ueberweisung sämmtlicher Ausstände der Klägerin an ihre Gläubiger der cessio bonorum des Römischen Rechts zu vergleichen sei, die auch außergerichtlich geschehen konnte und die Natur eines Vertrags zwischen den Concursgläubigern und dem Gemeinschuldner hatte,

L. 9. D. de cess. bonorum (42,3)

Sintenis a. a. O. II. p. 161,

deren Wirkung darin besteht, daß der Concursschuldner nach vorgenommener Cession ein Klagrecht in Betreff seiner Gütermasse nicht mehr auszuüben befugt ist;

L. 17. pr. D. d. recept. arbitris (4,8)

denn die römische cessio bonorum hatte ein Verfahren zur Folge, welches dem heutigen deutschen Concursverfahren gleich steht und und aus welchem letzteres hervorgegangen ist;

Vergl. Zimmern der römische Civilpr. § 78—81.

daher denn die Wirkung, welche die angeführte L. 17 pr. der cessio bonorum beilegt, mit Recht auf den heutigen gerichtlichen Concurs bezogen wird.

Glück Pandecten Bd. 6. p. 105 nte. 63

Sintenis a. a. O. Bd. 2. p. 494 nte. 139

Daß aber ein solcher gegen die Klägerin eingeleitet worden sei, ist von dem Beklagten nicht einmal behauptet worden.

IX.

Joh. Lefler von Illershausen, Kläger
contra
Auberlen und Burnitz dahier, Beklagte.

Das Stadtgericht erkannte am 11. November 1853, daß der klägerische Beweis bis zum Erfüllungseide erbracht sei. Die Beklagten suchten in ihrer Beschwerdeführung dem Beweisinterlocut eine andere Deutung, als der Wortlaut angibt, zu geben, wurden aber hiermit unter Verurtheilung in die Kosten abgewiesen

vom Appellationsgericht am 18. Januar 1854,
vom Oberappellationsgericht am 17. März 1855.

X.

Johann Peter Söldner dahier, Kläger und Widerbeklagter
contra
Johann Heinrich Hitzel dahier, Beklagten und Widerkläger.

In dem unteren Theile des Hauses Littera M. Nr. 179 befinden sich zwei Schirnen Littera M. Nr. 179 a & b. Zwischen dem Eigenthümer des Hauses 179 und der Schirne 179 a (Wittwe Rieger und Tochter) und dem Eigenthümer der Schirne 179 b (Johann Peter Söldner) wurden am 25. October 1836 die Eigenthumsverhältnisse in Bezug auf Flächengehalt und innere Bestandtheile der beiden Schirnen regulirt. Am 3. Januar 1851 verkauften Wittwe Rieger und Tochter das Haus 179 und die Schirne 179 a an Joh. Heinr. Hitzel.

Im August 1852 klagte Hitzel gegen den Sohn des vorbenannten Söldner auf Entfernung eines vor der Schirne 179 b befindlichen Hackklotzes, wurde aber vom Stadtgerichte am 24. November 1852 mit seiner Klage abgewiesen, weil Söldner nach dem Vertrage vom 25. October 1836 die linke Seite des Erdgeschosses im Hause 179 als Eigenthümer der Schirne 179 b inne habe und auf dieser Seite der Hackklotz stehe. Dieses Erkenntniß wurde vom Appellationsgericht am 14. Februar 1853 bestätigt und ging in Rechtskraft über.

Am 30. Juni 1853 trat nun Söldner mit der Behauptung auf, daß Hitzel den fraglichen Hackklotz mit Gewalt entfernt und einen eigenen an dessen Stelle gesetzt habe, und bat, dem Hitzel unter Strafandrohung jede Störung seines Besitzes zu untersagen.

Das Stadtgericht erkannte am 1. Juli 1853: es ist diese als eine neue Klage zu betrachtende, so rubricirte Vorstellung dem Beklagten mitzutheilen und wird demselben aufgegeben, sich jeder Störung des Besitzes des Klägers, insbesondere der Entfernung des fraglichen Klotzes zu enthalten, bei Vermeidung einer Geldstrafe. Beklagter trat nun seinerseits sowohl einredeweise, als widerklagend mit der Behauptung auf, er, als Eigenthümer der Schirne 179 a habe durch Verjährung das Recht erlangt, einen auf des Klägers Eigenthum stehenden Hackklotz gemeinschaftlich mit Jenem benutzen zu dürfen.

Das Stadtgericht erkannte am 6. Februar 1854:

I. Es hat bei der in dem Decret vom 1. Juli 1853 enthaltenen Verfügung lediglich zu verbleiben.

II. Beklagter und Widerkläger wird unter Verurtheilung in die Streitkosten mit der erhobenen Widerklage ab- und zur Ruhe gewiesen.

Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Beklagten vom Appellationsgericht am 21. April 1854 bestätigt, vom Oberappellationsgericht am 20. März 1853 unter Vergleichung der Kosten zweiter und dritter Instanz dahin abgeändert, daß es bei der im Stadtgerichtsdecret vom 1. Juli 1853 enthaltenen Verfügung zwar bis zum Ausgange des gegenwärtigen Rechtsstreites sein Bewenden habe, in der Hauptsache aber zu beweisen haben

1. Beklagter und Widerkläger:

daß während eines, nicht vor dem Jahre 1821 beginnenden, zehnjährigen Zeitraumes die Wittwe Rieger, beziehungsweise er selbst einen auf (dem näher bezeichneten) Platze stehenden Klotz in der Absicht, ein ihnen als Inhaber der Schirne Littera M. Nr. 179 [a] an diesem Platze zustehendes Recht auszuüben, zum Fleischhacken benutzt haben;

2. Kläger und Widerbeklagter:

daß die Benutzung des fraglichen Klotzes Seitens der Wittwe Rieger, beziehungsweise des Beklagten und Widerklägers nur in Folge einer Vergünstigung des jeweiligen Inhabers der Schirne 179 [b], beziehungsweise (soviel den Zeitraum seit dem 6. August 1852 anlangt) heimlicher Weise stattgefunden habe.

22. Eigenthum an einer Schirne und an dem Raume, auf welchem dieselbe steht.

Durch den am 25. October 1836 zwischen der Wittwe Rieger und ihren Töchtern „als Eigenthümern des Hauses Littera M. Nr. 179 und der darunter befindlichen, mit Littera M. Nr. 179 [a] bezeichneten Schirne" einerseits und dem Vater des Appellaten „als Eigenthümer der unter jenem Hause gleichfalls belegenen, mit Littera M. Nr. 179 [b] bezeichneten Schirne" andererseits abgeschlossenen Abtheilungsvertrage, dessen Zweck es war, die beiden Schirnen „in ihren inneren Bestandtheilen und Flächengehalt" genau zu scheiden und abzutheilen — ist bestimmt worden, daß zu der Schirne 179 [b] zu „allem dem, was seither an Grund und Boden und sonsten eigenthümlich dazu gehört", noch gewisse Objecte „als Eigenthum zugetheilt und einverleibt sein" sollen; wogegen „aller übrige Raum an Grund und Boden oder sonsten, der nicht zur Schirne 179 [b] eigenthümlich zugetheilt worden und gehört, das Eigenthum des Hauses M. 179 und der Schirne 179 [a] sei und verbleibe."

Im Jahr 1852 hat Appellant als nunmehriger Eigenthümer des Hauses 179 und der Schirne 179 [a] gegen den Appellaten als Eigenthümer der Schirne 179 [b] eine Klage erhoben, worin er behauptet, Appellat habe außerhalb seiner Schirne, auf des Appellanten Grund

und Boden einen Hackklotz aufgestellt und die Wegschaffung dieses Klotzes verlangt. Mit dieser Klage ist er jedoch durch Erkenntnisse des Stadtgerichts vom 24. November 1852 und des Appellationsgerichts vom 14. Februar 1853 rechtskräftig zurückgewiesen worden. Beide Gerichte haben die Zurückweisung der Klage auf die positive Annahme gegründet, daß der Appellat befugt sei, an der Stelle, wo der fragliche Block stehe, einen solchen zu haben und zu benutzen. Das Stadtgerichtserkenntniß folgert diese Befugniß daraus, daß Appellat nach dem Vertrage vom 25. October 1836 die linke Seite des Erdgeschosses als Eigenthümer der Schirne 179 b inne habe und der fragliche Klotz auf dieser Seite angebracht sei. Es erkennt also geradezu an, daß der Platz, auf dem der Klotz steht, zu dem Schirnenraum des Appellaten gehört. Das Appellationsgerichtserkenntniß hat dies zwar nicht ausdrücklich wiederholt. Es geht aber offenbar von derselben Annahme aus, indem es deducirt: der Vertrag vom 25. October 1836 belasse bei der Schirne 179 b Alles, was seither eigenthümlich zu derselben gehört hat, und unter diese Bestimmung falle auch der fragliche Hackklotz, da er nur an die Stelle eines früher längst vorhandenen getreten sei.

— — Es steht somit zwischen den Streittheilen rechtskräftig fest, daß zu dem Schirnenraum des Appellaten auch der Platz gehört, auf dem der in Rede stehende Klotz sich findet, der Appellat also an diesem Platze dasselbe Recht hat, welches ihm an seinem Schirnenraum überhaupt zusteht.

Dieses Recht ist sowohl in den Verträgen vom 25. October 1836 und 3. Januar 1851 als auch in den erwähnten richterlichen Erkenntnissen „Eigenthum" genannt. Es kann dahin gestellt bleiben, ob man hierbei an Eigenthum in vollem Sinne und Umfange des Römischen dominium zu denken habe. Soviel darf jedenfalls als feststehend angesehen werden, daß das Recht des Appellaten nicht etwa ein Recht an der Sache des Appellanten ist, ihm vielmehr über den Grund und Boden der Schirne 179 b eine selbstständige, von dem Eigenthumsrechte des Appellanten am Hause Nr. 179 durchaus unabhängige, rechtliche Herrschaft zusteht. Hierauf weisen

1. schon die allgemeinen, hinsichtlich der Schirnen in Frankfurt bestehenden Rechtsverhältnisse hin. Denn die Schirnengerechtigkeiten, obgleich an den Besitz bestimmter Localitäten geknüpft, die fast nie ein ganzes Haus umfassen, sondern deren sich durchschnittlich mehrere unter einem und demselben Hause befinden,

Franck Topograph. Ueberblick der St. Frankfurt p. 85

werden doch durchaus als selbstständige, den liegenden Gütern zuzurechnende Rechtsobjecte behandelt, die in den öffentlichen Büchern eigene Bezeichnungen führen; — deren Veräußerung und Verpfändung unabhängig von dem Rechte am Hause selbst, in dem sie sich befinden, stattfindet; — über welche Währschaft geleistet wird

Franck Uebersicht des Hypothekenwesens zu Frankfurt § 12 und 114 Anm.

Souchay Anmerkungen I. p. 152

und von denen, wie in dem früheren Processe vom Appellaten behauptet und vom Appellanten nicht widersprochen worden ist, gleiche Abgaben, wie von Häusern bezahlt werden. Dem entspricht

2. auch der Inhalt der Verträge von 1836 und 1851, indem hier nicht nur der, allerdings mehrdeutige Ausdruck, daß Söldner „Eigenthümer der Schirne 179 b" sei, gebraucht, sondern auch gesagt ist, daß diese Schirne „eigenen Grund und Boden" habe, resp. „Grund und Boden eigenthümlich dazu gehöre", wodurch die Annahme, daß den Rechtsvorgängern des Appellanten, beziehungsweise diesem selbst das Eigenthum und dem Appellaten nur ein, dieses beschränkendes jus in re aliena zustehe, geradezu ausgeschlossen wird. Endlich kann auch

3. gegen die Annahme, daß dem Appellaten über seinen Schirnenraum eine nach den Grundsätzen des Eigenthums zu beurtheilende selbstständige Herrschaft zustehe, nicht geltend gemacht werden, daß die Schirne M. 179 b nur als ein Theil des Hauses M. 179 sich darstelle, welches doch als ein Ganzes, in dem Eigenthum des Appellanten stehe. — Es braucht hier nicht näher untersucht zu werden, ob, wie dies neuerdings von einem namhaften Rechtsgelehrten verfochten worden ist

Bluntschli Deutsches Priv. Recht I. § 57 (p. 249)

nach deutscher Rechtsanschauung, abweichend von der römischen, es für unbedingt möglich zu halten ist, daß verschiedene Stockwerke oder Wohnungen eines Hauses verschiedene Eigenthümer haben. Vorliegend ist die Frage nur die, ob dem Appellaten ein Theil der, mit nur einem Hause überbauten area eigenthümlich zustehen könne, während der übrige Theil derselben, sowie der Ueberbau und theilweise auch der unter der Schirne des Appellaten befindliche Keller dem Appellanten zugehört; und diese Frage muß bejaht werden. Mag man sich die Entstehung des gegenwärtigen Verhältnisses so zu denken haben, daß auf der Fläche, die jetzt die Grundfläche des Hauses M. 179 bildet, ursprünglich zwei Schirnen sich befunden haben, die später mit einem Hause überbaut worden sind, oder so, daß nachdem die area bereits überbaut war, das Erdgeschoß zum Zwecke der Anlage einer zweiten Schirne getheilt worden ist; in beiden Fällen handelt es sich nur darum, einerseits, daß eine Grundfläche, die äußerlich allerdings als ein Ganzes sich darstellt, nach reellen Theilen unter verschiedene Eigenthümer getheilt sei, was schon nach den Grundsätzen des römischen Rechts für rechtlich möglich gehalten werden muß,

L. 6 § 1 D. comm. praed. (8,4)
L. 26. D. de acq. poss. (42,2)

und andererseits, daß der Eigenthümer des einen Theils der Grundfläche (179 b) als eine Beschränkung seines Eigenthumes es dulden muß, daß über und beziehungsweise unter seiner area der Eigenthümer des anderen Theils zu seinem Hause gehörige Räume habe.

Den Inhalt der zwischen den Streittheilen ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen bildet, diesem Allen nach, die Anerkennung des Eigenthums des Appellaten an dem Platze, auf dem der streitige Block steht.

23. Rechtskraft der Entscheidungsgründe bei der Eigenthumsklage. Provisionalverfügung.

Es konnte von dem Appellaten, obgleich er in dem seitherigen Processe Beklagter gewesen war, und ihm deßhalb ein unmittelbarer Anspruch auf Urtheilsvollstreckung nicht zustand, der

Inhalt der rechtskräftigen Entscheidungen (er sei Eigenthümer des Platzes) doch zur Grundlage einer Klage gegen den Appellanten benutzt werden.

arg. L. 11. § 1 D. de jurejur. (12, 2)

Savigny System VI p. 346 und 347.

Das Stadtgericht hat nun, ohne daß von einer der Partheien Widerspruch dagegen erhoben worden, den vom Appellanten gestellten Antrag als eine solche Klage behandelt und darauf zwar zunächst sofort den erbetenen Befehl zum Schutze des appellatischen Besitzes erlassen, auf die Gegenvorstellung des Appellanten jedoch die Sache zur summarischen Verhandlung an die Gerichts-Commission verwiesen, ohne gleichwohl jenen Befehl zurückzuziehen.

Hierin ist die Intention nicht zu verkennen, daß die definitive Entscheidung darüber, ob dem Appellaten Besitzesschutz in dem in Anspruch genommenen Umfang zu Theil werden könne, von der Beurtheilung der von dem Appellanten vorgebrachten, aus einem Mitbenutzungsrechte entnommenen Einrede abhängig gemacht, es aber bis zu ergehender Definitiv-Entscheidung bei dem gedachten Befehle sein Bewenden haben solle.

Gegen diese Behandlungsweise der Sache ist von keiner Seite eine Einwendung vorgebracht worden. — — — — Die Rechtfertigung dieses provisorischen Befehls liegt überdies in der ganzen Sachlage. Bei der nahe liegenden Gefahr von Gewaltthätigkeiten zwischen den Partheien lag es vollkommen in den Befugnissen des Gerichts, den Besitzstand für die Dauer des Rechtsstreites durch eine Provisional-Verfügung zu reguliren und diese konnte nicht anders als zu Gunsten des Appellaten ausfallen, da derselbe die gegen eine jede Beschränkung des ihm rechtskräftig zuerkannten Eigenthumsrechts streitende Vermuthung für sich hat.

Da nun in gegenwärtiger Instanz, wie alsbald nachher auszuführen, ein Definitiv-Erkenntniß in der Hauptsache noch nicht zu ertheilen stand, mußte es bei dem gedachten Befehle belassen, derselbe jedoch des definitiven Characters, den er durch die Entscheidung des Stadtgerichts vom 6. Februars v. J. erhalten, entkleidet werden.

24. In der Aufstellung einer Klagbehauptung liegt kein Verzicht. Servitut, auf einem bestimmten Platz einen Hackklotz benutzen zu dürfen.

Den materiellen Inhalt der Einrede sowohl, als der Widerklage des Appellanten bildet dessen Behauptung, ihm stehe als Inhaber der Schirne 179[a] das Recht zu, den — — aufgestellten Hackklotz mit zu benutzen. Ein solches Mitbenutzungsrecht kann, da es als ein dingliches in Anspruch genommen wird, nach dem, was unter Nr. 22 über das Recht des Appellaten an dem ebengedachten Platze bemerkt worden, nur von dem Gesichtspunkte einer Servitut beurtheilt werden. Daß Appellant es als solche in seiner Gegenvorstellung, beziehungsweise Widerklage nicht alsbald benannt hat, steht der Berücksichtigung desselben nicht entgegen, da dessen juristische Natur aus den vorliegenden Umständen vom Richter zu erkennen stand (Vergl. Bd. I Nr. 196). Was nun die allgemeinen Einwendungen anbelangt, die Appellat gegen die Verfolgung eines Rechtes der gedachten Art von Seiten des Appellanten vorgebracht hat, so steht es

1. dem gegenwärtigen, auf Gestattung des Mitgebrauches vermöge Servituten-Rechts gerichteten Anspruche nicht entgegen, daß Appellant früher sein Eigenthumsrecht an dem Platze des fraglichen Klotzes behauptet und des letzteren Wegschaffung verlangt hat, indem in der Aufstellung einer Klagbehauptung überall nicht ein Verzicht auf eventuelle Verfolgung aller der Rechte gefunden werden kann, die bei der Wahrheit jener Behauptung nicht existiren könnten. Wenn Appellat

2. meint, es sei unklar, welches Recht der Appellant eigentlich beanspruche, ob das: auf des Appellaten Platz einen Klotz zu stellen, den er mit benutze; oder das: den Klotz, welchen Appellat auf seinen Platz stelle, mit zu nutzen, so ist auch dieser Einwand ungegründet. Appellant nimmt das Recht in Anspruch, einen auf des Appellaten Grund und Boden stehenden Hackklotz gemeinschaftlich mit Jenem benutzen zu dürfen. Darin liegt (womit auch seine Handlungen übereinstimmen), daß er sich die Befugniß zuschreibt:

a. wenn Appellat auf dem fraglichen Platze einen zum gemein-

schaftlichen Gebrauche geeigneten Klotz stehen hat, denselben mit zu benutzen und

b. wenn derselbe keinen solchen Klotz daselbst stehen hat, dann zum wenigsten selbst einen solchen dahin setzen und, unter Gestattung eines Mitgebrauchs des Appellaten, benutzen zu dürfen. Hieraus folgt denn

3. daß die Sache, an der der Appellant eine Servitut beansprucht, nicht der Klotz, sondern der Platz ist, auf dem derselbe steht, also der Einwand des Appellaten, daß an einer **res mobilis** keine Realservitut stattfindet, nicht Platz greift.

25. Angabe des Erwerbsgrundes beim Beginne einer dinglichen Klage. Klagverbesserung.

Soviel die Annahme der vorigen Gerichte betrifft, daß der auf ein Mitgebrauchsrecht an dem fraglichen Platze gegründeten Einrede und beziehungsweise Widerklage eine Berücksichtigung deßhalb nicht zu Theil werden könne, weil erst in der Schlußerklärung des Appellanten (mithin verspätet) die Thatsachen angegeben seien, aus denen der Erwerb jenes Rechtes hergeleitet werde, so kann derselben nicht beigetreten werden. Es darf dahin gestellt bleiben, ob nach heutigem Proceßrechte — abweichend vom Römischen und Canonischen Rechte — bei der Verfolgung eines dinglichen Rechts im Wege der Klage oder Einrede gleich anfänglich der Erwerbsgrund angegeben werden müsse, und nicht vielmehr diese Angabe noch bis in die Beweisinstanz, beziehungsweise bis dahin ausgesetzt werden könne, wo der Gegner die in dem Mangel jener Angabe liegende Dunkelheit gerügt hat. Im vorliegenden Falle enthält, soviel den in die Verjährung gesetzten Erwerbsgrund anlangt, bereits die erste Schrift, die der Appellant dem Stadtgerichte in der jetzigen Klagsache überreichte, die Bemerkungen — —, worin nur eine Hinweisung auf Verjährung als Erwerbsgrund des genannten Rechts gefunden werden kann. Die in der Schlußerklärung enthaltenen näheren Angaben über eine solche erscheinen daher nur als eine weitere Ausführung eines gleich Anfangs bezeichneten Erwerbsgrundes und enthalten lediglich eine Erläuterung, resp. Verbesserung, welche nach heutigem Rechte

auch in Frankfurt zulässig erscheint, sobald nur die Vertheidigung des Gegners dadurch nicht beeinträchtigt ist.

Fr. S. Gebhard u. Hauck c. Berle (Bd. I. p. 224)

Von letzterem aber kann in vorliegender Sache, wo Appellat sehr speciell auf den fraglichen Erwerbsgrund eingegangen ist, nicht die Rede sein.

26. Können Handlungen, in der Meinung und Absicht der Eigenthums-Ausübung vorgenommen, den Quasibesitz einer Servitut und deren Verjährungserwerb begründen?

Die vorigen Erkenntnisse haben einen Mangel des in Verjährung gesetzten Erwerbsgrundes deßhalb annehmen zu müssen geglaubt, weil es bereits feststehe, daß Appellant und seine Rechtsvorgängerin bei Benutzung des an der fraglichen Stelle stehenden Klotzes den zum Besitze einer Servitut erforderlichen animus nicht gehabt haben, indem sie, nach den oft wiederholten bestimmten Behauptungen des Appellanten in dem Glauben, Eigenthümer jenes Platzes zu sein, den daselbst stehenden Klotz benutzt haben sollen, also eine Servitut, das ist ein Recht an der Sache eines Anderen gar nicht haben ausüben wollen. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Damit der Gebrauch des Klotzes auf dem fraglichen Platze als eine Besitzhandlung sich darstelle, ist allerdings erforderlich, daß er animo juris stattgefunden. Hieran aber fehlt es nicht, wenn die Mitbenutzung des Platzes in dem Glauben, daß er zu der Schirne 179[a] gehöre, stattgefunden hat. Daß dagegen die Absicht speciell dahin gegangen sein müsse, ein Recht an der Sache eines Anderen auszuüben, kann für erforderlich nicht gehalten werden. In den einschlagenden Stellen des Römischen Rechts

L. 25 D. quemadm. serv. am. (8, 6)
L. 1 § 6 L. 7 D. de itinere (43, 19)
L. 1 § 19 D. de aqua quot. (43, 20)

ist dies nicht ausgesprochen und ebensowenig folgt aus allgemeinen Principien die Nothwendigkeit einer solchen speciellen Richtung des animus jure suo utendi. Wer die Sache eines Anderen in dem Glauben, daß sie ein Theil seiner eigenen Sache sei, benutzt,

nimmt eben damit alle diejenigen Befugnisse an derselben in Anspruch, die abgelöst, zu besonderen jura in re aliena gemacht werden können. Sein animus ist also nur ein weiter gehender, der, dem materiellen Gehalte nach, auch diejenige Absicht in sich schließt, die zum Besitze einer Servitut erforderlich erscheint.

27. 10=, resp. 20jährige Verjährungszeit bei dem Erwerbe von Servituten. Servitutes discontinuae. Bedarf es eines Titels?

Soviel die Verjährungszeit anlangt, ist vom Appellanten behauptet, die Benutzung des fraglichen Platzes habe Seitens der Wittwe Rieger schon seit 15 Jahren vor dem Vertrage vom 25. October 1836 (also seit 1821) stattgefunden, sei von derselben auch nach diesem Vertrage bis zum Verkaufe des Hauses an den Appellanten und von diesem dann weiter, sogar während des früheren Rechtsstreites bis Ende Juni 1853 fortgesetzt worden. Es ist also Besitz während eines mehr als 30jährigen Zeitraums behauptet, genügt aber, da Servituten überhaupt binnen 10, resp. 20 Jahren ersessen werden, und vorliegend ein Besitz inter praesentes stattgefunden hat, schon 10jähriger Besitz. Wenn Appellat dies

1. deßhalb bestreitet, weil zur Ersitzung von servitutes discontinuae Immemorial=Verjährung erfordert werde, so kann es dahin gestellt bleiben, ob die vorliegend in Anspruch genommene Gerechtsame als eine servitus discontinua anzusehen sein würde. Die fragliche, früher allerdings allgemein verbreitete Ansicht ist gegenwärtig in der Theorie vollständig aufgegeben; und für Frankfurt kann in Gemäßheit der Reformation VIII. tit. 7 § 1 und des Baustatuts vom 11. Juni 1809, Kap. 7 § 1 hier nur das Römische Recht zur Anwendung kommen.

2. Die Ansicht des Appellaten, daß die 10= und 20jährige Verjährung deßhalb nicht Platz greife, weil es an einem Titel fehle, darf, soweit sie auf gemeines Recht gegründet wird, als eine jetzt allgemein als unrichtig anerkannte bezeichnet werden.

v. Vangerow Lehrbuch § 351 Nr. 2

cf. auch Savigny System IV. p. 507 nte. c.

Soviel aber das Frankfurter Particularrecht anlangt, kann

a. auf die der Ansicht des Appellaten allerdings entsprechenden Aeußerungen dortiger Schriftsteller

v. Adlerflycht § 219 i. A.

Bender p. 232

deßhalb kein Gewicht gelegt werden, weil eine Abweichung dieses von dem Römischen Rechte, auf welches doch die erwähnten Gesetzesstellen geradezu verweisen, mit Nichts begründet worden ist.

b. Die Analogie der Ersitzung von Grundeigenthum greift deßhalb nicht Platz, weil diese von der Servituten-Ersitzung gerade darin sich unterscheidet, daß sie ordentlicher Weise einen Besitztitel erfordert, letztere aber nicht. Nur dann würde von einer solchen Analogie die Rede sein können, wenn das Frankfurter Recht bei Immobilien eine 10- und 20jährige Verjährung überhaupt nicht kennte. Dies ist aber nicht der Fall.

Bender Handbuch p. 209 nte. 2

Souchay Anmerk. I. p. 113.

c. Das Baustatut Kap. 7 § 3 — 7 und 11 endlich enthält nur besondere Bestimmungen in Betreff des Fenster- und Trauf-Rechts. Die hier vorkommende Gegenüberstellung eines 30jährigen und eines kürzeren Besitzes deutet allerdings darauf hin, daß der Gesetzgeber, der damals in der Theorie des gemeinen Rechts herrschenden Lehre entsprechend, von der Ansicht ausgegangen, 30 Jahre seien für Servituten die eigentliche Verjährungszeit, wenigstens da, wo es an einem, dem Besitze zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte fehle. Allein diese Ansicht hat doch immer in den vorliegenden durchaus singulären und auf andere Servitute nicht übertragbaren Vorschriften nicht einen solchen Ausdruck gefunden, daß man annehmen könnte, es sei damit für Servituten überhaupt eine gesetzliche Norm gegeben, und kann daher durch dieselbe die in § 1 ibidem ausgesprochene Anwendbarkeit des Römischen Rechts für alle anderen Fälle nicht ausgeschlossen werden.

28. Ununterbrochenheit des Besitzes bei der Servitutenverjährung. Accessio possessionis.

In Betreff der erforderlichen Ununterbrochenheit des Besitzes hat der Appellat ebenfalls Zweifel erhoben. Soviel jedoch

1. die Behauptung anlangt, daß vorliegend eine accessio possessionis nicht Platz greife, so läßt sich dieselbe weder nach gemeinem, noch nach Frankfurter Statutarrechte rechtfertigen. In ersterer Beziehung genügt es darauf hinzuweisen, daß die Schriftsteller, die bei der Servituten-Ersitzung eine accessio possessionis überhaupt oder wenigstens da, wo es an einem Titel fehlt, nicht statuiren wollen,

Dabelow Verjährung II. § 107

Glück Commentar IX. p. 153

von einer unrichtigen Grundauffassung dieser Ersitzung — Letzterer insbesondere davon, daß es einer scientia und patientia des Herrn der dienenden Sache bedürfe,

cf. darüber Vangerow Lehrbuch § 351 Nr. 3

ausgehen. — Die Frankfurter Reformation II. tit. 3 § 8 aber, indem sie die accessio possessionis bei der 30jährigen Verjährung, deren sie allein Erwähnung thut, anerkennt, hat offenbar überall nicht die Absicht, sie bei der kürzeren auszuschließen.

2. Appellat hat sich sodann darauf berufen, daß, nachdem Appellant bei der Plattung des Bodens den Klotz von seinem Platze weggenommen, daselbst bis zum Frühjahr 1852 gar kein solcher gestanden; daß Appellant jedenfalls seit Beginn des früheren Processes den Klotz nicht mehr benutzt und Appellat, so oft es ihm zweckmäßig geschienen, den Klotz von seinem gewöhnlichen Platze weg in seinen Keller gestellt und dort, mit Ausschließung des Appellanten und seiner Rechtsvorgängerin, benutzt habe. Es bedarf aber keiner Ausführung, daß in allen diesen Momenten, denen für den Gegenbeweis eine gewisse Erheblichkeit nicht abzusprechen steht, eine eigentliche Unterbrechung des Besitzes des Appellanten nicht gefunden werden kann.

29. Befugniß des überlebenden Ehegatten während seines Beisitzes die auferstorbenen Güter zu bessern. Die spätere Concession eines Miteigenthümers zum Erwerbe einer Servitut ist rückwirkend.

Hierher gehört noch der Einwand des Appellaten, die Wittwe Rieger sei nicht allein Eigenthümerin des Hauses 179 und der Schirne 179ª gewesen und habe ohne Consens der Miteigen-

thümerinnen jenem Grundeigenthume eine Activ-Servitut nicht erwerben können. Nun ist es allerdings richtig, daß der Miteigenthümer eines Grundstückes als solcher durch sein Alleinhandeln eine Servitut für dasselbe nicht begründen kann.

L. 5 L. 18 D. comm. praed. (8, 4)

L. 9 D. de serv. praed. rust. (8, 3)

Gleichwohl steht das in Bezug genommene Sachverhältniß im vorliegenden Falle dem Erwerbe der fraglichen Servitut nicht entgegen. Denn

1. die Wittwe Rieger hatte nach dem, was Appellat selbst über die Eigenthumsverhältnisse anführt, als überlebende Ehefrau den Beisitz an derjenigen Hälfte des Hauses und der Schirne 179 [a], die von ihrem verstorbenen Ehemanne auf ihre Tochter eigenthümlich übergegangen war, und konnte vermöge dieses Rechts das ganze Grundstück vertreten und dessen Lage zu einer rechtlich besseren machen, und

2. macht jedenfalls auch der später erfolgende Consens der Miteigenthümer die vorausgegangene Erwerbshandlung eines Theilhabers zu einer vollgültigen und wirksamen.

L. 18 cit.

Dieser Consens aber wird vorliegend vollständig dadurch ersetzt, daß Appellant, der Rechtsnachfolger aller Theilhaber geworden ist, die Benutzung fortgesetzt hat und die Servitut für sich in Anspruch nimmt.

30. Beweisauflage bei der Servitutenersitzung.

Es mußte bei dem von Seiten des Appellaten erfolgten Ableugnen, daß Appellant das Mitgebrauchsrecht erworben habe, auf den Beweis des Erwerbsgrundes erkannt werden. Dieser Beweis war jedoch auf die Thatsache 10jährigen Besitzes zu beschränken und dem Appellanten nicht zugleich der Beweis der Fehlerhaftigkeit seines Besitzes zuzumuthen.

v. Vangerow Lehrbuch § 351 Nr. 2 in fine.

Ebenso mußte als eigentliche Repliken, beziehungsweise Einreden dem Appellaten

1. über die Behauptung, daß die Mitbenutzung ꝛc. nur precario geschehen sei, beim Leugnen des Appellanten, Beweis nachgelassen werden.

2. Die Behauptung, daß während des früheren Processes die Benutzung Seitens des Appellanten heimlich geschehen sei, wird nur für den Fall in Betracht kommen, daß Appellant die genannte Zeit mit in den von ihm zu führenden Beweis hineinziehen sollte, und bildet für diesen Fall den Gegenstand eines dem Appellaten nachgelassenen Beweises.

31. Durch einen Rechtsstreit über das Eigenthum an einer Sache wird ein etwaiges Mitgebrauchsrecht an dieser Sache nicht in judicium deducirt.

In Betreff der Behauptung, die jetzt im Streite begriffene Frage sei bereits entschieden, da das Stadtgerichtsurtheil vom 24. November 1852 auf alle in dem früheren Processe vom Appellanten vorgetragenen Ansprüche ergangen sei — ergibt sich indessen aus dem, was unter Nr. 22 über den Inhalt der in dem früheren Processe ergangenen Erkenntnisse bemerkt worden, daß dadurch zwar das Eigenthum des Appellaten an dem fraglichen Platze anerkannt, über ein besonderes Mitgebrauchsrecht des Appellanten aber, welches damals gar nicht in Frage stand, nicht entschieden ist. Hätte der Appellant selbst, was nicht der Fall ist, in dem früheren Processe alle die Thatsachen, die er jetzt vorbringt, geltend gemacht, so würde doch daraus, daß denselben für die damals in Anspruch genommene freie Disposition über jenen Platz jede Erheblichkeit aberkannt worden, nicht folgen, daß er sich darauf nicht jetzt zu einem ganz anderen Zwecke berufen dürfte. Nur wenn bereits über die Unwahrheit jener Thatsachen erkannt wäre, würde deren Benutzung dem Appellaten gegenüber ausgeschlossen sein. Es konnte daher die aus der res judicata entnommene Replik, beziehungsweise Einrede, keine Berücksichtigung finden.

XI.

Die Vormünder der J. G. M. Ruttmann'schen Kinder, sowie Carl Wilh. Julius Klee dahier, Intervenienten

contra

Caspar Conrad Ruttmann dahier, Interventen

zur Sache

des Letztern, Klägers c. Joh. Georg Michael Ruttmann, jetzt dessen Erben Catharina Henriette Klee, verwittwet gewesene Ruttmann, geb. Lehr und deren Kinder erster Ehe, Beklagte.

Caspar Conrad Ruttmann verlangte von seinem Bruder J. G. M. Ruttmann den dem letzteren dargeliehenen Erbtheil mit fl. — heraus. Das Stadtgericht verfügte gegen die Erben des J. G. M. Ruttmann Execution, in Folge deren auch von dem Fiscal bei den Vormündern der beklagtischen Kinder auf die Einkünfte aus dem elternlichen Vermögen der Beklagten Beschlag gelegt wurde. Die Vormünder der J. G. M. Ruttmann'schen Kinder, sowie C. W. J. Klee für sich und Namens seiner minderjährigen Kinder traten nun interveniendo gegen diese Arrestanlage mit der Behauptung auf, daß bereits am 12. Juli 1853 Cath. Henr. Klee auf alle ihr, aus dem elternlichen Nachlaß zukommenden Revenüen zu Gunsten der Kinder ihrer beiden Ehen Verzicht geleistet, diese Revenüen an jene Kinder abgetreten habe und zwar ausdrücklich zu dem Zwecke, daß mit denselben die Kosten der Erziehung und Ausbildung der Kinder bestritten würden. Die Interventen schützen vor, Frau Klee habe den Verzicht nur simulirt und in fraudem creditorum gehandelt.

Das Stadtgericht erkannte am 6. Januar 1854, die exceptio Pauliana für begründet haltend, falls sonstige bona

exequenda der Frau Klee nicht vorhanden wären, auf Beweis und zwar entweder

a. daß der Verzicht der Klee'schen Ehefrau auf die Einkünfte aus dem großelternlichen Vermögen ihrer Kinder erster Ehe zu Gunsten der letztern nur zum Schein und nicht in Wirklichkeit geschehen sei,

oder

b. daß außer dieser Einkünfte sonstiges greifbares Vermögen der Klee'schen Ehefrau nicht vorhanden sei.

Auf Appellation der Intervenienten wurde unter deren Verurtheilung zum Kostenersatz das stadtgerichtliche Urtheil bestätigt vom

Appellationsgericht am 6. März 1854,

Oberappellationsgericht am 26. April 1855.

32. Ueberlassung von Kapitalvermögen von Seiten einer Mutter an ihre durch Vormünder vertretenen Kinder, um die Erziehungskosten derselben sicher zu stellen. Kann eine exceptio doli auf dieselben Thatsachen basirt werden, wie die exceptio Pauliana.

Der Intervent macht gegenwärtig gegen die Beschwerde der Intervenienten (die vom Interventen wegen arglistiger Vereitelung seiner Befriedigung vorgeschützte exceptio Pauliana — zu verwerfen) geltend, die Abtretung der in Frage stehenden Einkünfte von Seiten der Frau Klee sei schon an sich wirkungslos, weil ein Rechtsgeschäft, wodurch eine Mutter Vermögenstheile an ihre Kinder bloß zum Zweck der Unterhaltung und Erziehung überlasse, rechtlich nicht möglich sei, jedenfalls aber den Intervenienten die exceptio doli entgegenstehe; es komme daher auf die besonderen Voraussetzungen der actio (oder exceptio) Pauliana gar nicht an. Ob der Intervent, da er das stadtgerichtliche Erkenntniß seinerseits nicht angefochten hat, jetzt noch auf diese Einwendungen zurückzukommen befugt war, kann dahingestellt bleiben, da beide jedenfalls materiell verwerflich sind. Denn was

1. die Ansicht von der völligen Ungültigkeit des Abtretungsgeschäftes betrifft, so läßt sich kein Rechtsgrund auffinden, weßhalb es schlechthin unstatthaft sein sollte, wenn eine Mutter Capitalvermögen oder bestimmte Einkünfte an ihre durch Vormünder ver-

tretene Kinder überläßt, um damit für die Zukunft die Kosten ihrer Erziehung völlig sicher zu stellen und sie insoweit von den Wechselfällen ihres eigenen Vermögenszustandes unabhängig zu machen.

2. In der Vernehmlassung auf die Intervention ist vorgeschützt worden, die Vertreter der Kinder hätten an der böslichen Absicht der Frau Klee, jede Befriedigung ihrer Gläubiger unmöglich zu machen, wissentlich und absichtlich sich betheiligt. Hierin kann allerdings nicht bloß die **exceptio Pauliana**, sondern auch eine **exceptio doli** gefunden werden. Allein da in den Rechtsregeln von der **actio Pauliana** genau die Voraussetzungen bestimmt sind, unter denen ein Gläubiger die auf Verkürzung oder Vereitlung seiner Befriedigung gerichteten Rechtsgeschäfte des Schuldners mit einem Dritten anzufechten befugt sein soll, und ganz dieselben Voraussetzungen auch für den Fall aufgestellt werden, wo es sich darum handelt, eine von dem Dritten aus solchem Rechtsgeschäft erhobene Klage zurückzuweisen,

L. 25 D. de reb. auct. jud. (42, 5)

so folgt daraus von selbst, daß es eine bloß auf denselben Grund, wie die **actio Pauliana** gestützte, aber von deren besonderen Bedingungen entbundene **exceptio doli** nicht geben kann.

33. Actio Pauliana außer dem Concurse.

Es bedarf zur Entscheidung über die aufgestellte Beschwerde der Prüfung, ob die vom Interventen vorgeschützte Einrede die Voraussetzungen der **actio Pauliana** für sich hat. Dies ist aber mit Unrecht von den Intervenienten bestritten worden. Sie haben sich darauf berufen, daß die **actio Pauliana** außer dem Fall des Concurses überhaupt unstatthaft sei. In dieser Beziehung darf zunächst nach

L. 1 pr. L. 10 § 6 — 8 D. h. t. (42, 8)

soviel als ausgemacht angesehen werden, daß die **actio Pauliana** nicht bloß vom **curator bonorum**, sondern auch von einzelnen verkürzten Gläubigern erhoben werden kann.

Zweifelhafter ist es, ob nicht auch im letzteren Fall der Ausbruch des formellen Concurses über das Vermögen des Schuldners eine Voraussetzung für die Klage bilde, oder ob es genüge, wenn

der Schuldner zur Zeit der Veräußerung, welche angefochten werden soll, insolvent war oder durch dieselbe wurde; und es liegen hierüber entgegengesetzte Entscheidungen höchster Gerichtshöfe vor.

Seuffert Archiv Bd. III. Nr. 247. 251.

Es muß jedoch die zweite Ansicht als die richtigere anerkannt werden. Zwar wird im Römischen Rechte allerdings als Voraussetzung der Klage, wie der entsprechenden Einrede, erwähnt, daß nicht nur die missio in possessionem, sondern selbst die venditio bonorum erfolgt sein müsse, und wird die Verjährung der Klage erst von letzterem Zeitpunkt an berechnet.

L. 25 D. de reb. auct. jud. (42, 5)

L. 6 § 14 L. 10 § 1 § 18 L. 25 § 7 D. h. t. (42, 8)

Allein der Grund dieser Bestimmung liegt nicht darin, daß man für nöthig gefunden hatte, die Anstellung der Klage etwa nur einer Mehrheit von Gläubigern (oder ihren Vertretern) zu gestatten, wenn das zu ihrer gemeinschaftlichen Befriedigung eingeleitete Verfahren zu einem bestimmten Abschnitt gebracht sein werde, sondern, wie

L. 10 § 1 cit.

ergibt, nur darin, daß die Insolvenz des Schuldners, der eventus fraudis erst mit der venditio bonorum für vollkommen erwiesen erachtet wurde. Dies aber beruhte auf der Eigenthümlichkeit des damaligen Executionsverfahrens. Die missio in possessionem und bonorum venditio setzte nämlich keineswegs eine Mehrheit von Gläubigern voraus,

vergl. L. 8 § 4 D. de reb. auct. jud. (42, 5)

sie war vielmehr überhaupt, auch für jeden einzelnen Gläubiger, der regelmäßige und lange Zeit der einzige Weg, sich aus dem Vermögen des Schuldners zwangsweise Befriedigung zu verschaffen; und da die venditio stets in einem Verkauf der Gesammtheit des Vermögens bestand, so ließ sich vor dem Abschluß mit dem Käufer nicht sagen, ob und um wie viel die Gläubiger an ihren Forderungen verlieren würden. Wenn daher die Möglichkeit der actio Pauliana an die erfolgte venditio bonorum geknüpft wurde, so sollte damit der Sache nach nur die gehörige Excussion des Schuldners und die dadurch hergestellte Gewißheit seiner Insolvenz,

nicht das Dasein eines Concurses als Voraussetzung ausgedrückt werden. Daraus folgt aber, daß gegenwärtig, wo die damalige Form der Execution nicht mehr besteht, es genügen muß, wenn über die Insolvenz des Schuldners auf irgend eine Weise Gewißheit hergestellt wird, dem Gläubiger also auch, wie hier geschehen, eine directe Beweisführung darüber zu gestatten ist.

34. Voraussetzungen der auf Verwandtschaft beruhenden Alimentationspflicht.

Die Intervenienten haben ferner in der Replik angedeutet und in jetziger Instanz näher auszuführen gesucht, sie hätten bei Abschluß des angefochtenen Rechtsgeschäfts sich nur das übertragen lassen, was ihren Mündeln von Rechtswegen gebühre, es sei nur die Erfüllung der mütterlichen Alimentationspflicht ein für alle Mal regulirt worden. Diese Behauptung beruht jedoch auf einer irrigen Auffassung des Begriffs der Alimentationspflicht. Die auf Verwandtschaft beruhende Alimentationspflicht ist juristisch eine rein concrete und richtet sich sowohl hinsichtlich ihrer Entstehung, als ihres Umfangs nach der jedesmaligen Vermögenslage der beiden Betheiligten in dem Augenblick, wo die Alimente gefordert oder gegeben werden. Die Pflicht besteht gesetzlich immer nur dann, wenn der in Anspruch genommene Verwandte hinreichendes Vermögen besitzt, um die Alimente leisten zu können,

L. 5 § 15. 26 D. de agnosc. et alend. lib. (25, 3)

L. 2 C. de alendis liberis (5, 25)

und darum heißt es auch in zahlreichen Stellen, daß die Alimente pro modo facultatum zuzuerkennen seien.

L. 5 § 7. 10. 19. 25 D. eod. (25, 3)

L. 3. 4 C. eod. (5, 25)

c. 5 fin. X. de eo qui duxit (4, 7)

Die Voraussetzung der die Eltern treffenden Pflicht in concreto ist demgemäß, daß dieselben nach Verhältniß ihres Vermögens, mithin nach Vergleichung der Activen und Passiven, d. h. ohne Verkürzung ihrer Gläubiger, im Stande sind, die erforderlichen Mittel zu verabreichen, und die Kinder mit ihren Alimentationsansprüchen können keineswegs als Gläubiger ihrer Eltern

gleichberechtigt in die Reihe der wirklichen Creditoren gestellt werden; es steht ihnen vielmehr an das überschuldete Vermögen der Eltern gar keine auf Alimentation gerichtete Forderung zu. Hieraus ergibt sich von selbst, daß, wenn eine Mutter das einzige Activum, was sie hat, unter Benachtheiligung ihrer vorhandenen Gläubiger ihren Kindern zur Deckung der Unterhalts- und Erziehungskosten abtritt, sie dadurch nicht eine Zahlung oder ein dieser gleichstehendes Geschäft, sondern lediglich eine Schenkung vornimmt; ein Satz, für welchen bei der unverkennbaren Analogie zwischen der elternlichen Alimentationspflicht und der Dotationspflicht des Vaters die

L. 25 § 1 D. h. t. (42, 8) verb: „quod si quis etc.“

eine Bestätigung liefert. Eine Schenkung aber kann von den betheiligten Gläubigern mittelst der actio oder exceptio Pauliana revocirt werden und es bedarf dabei nicht einmal des Nachweises der mala fides des Beschenkten, hier der Kinder oder ihrer Vormünder.

35. Vermuthung des animus fraudrandi.

Wird der vom Stadtgerichte auferlegte Beweis geführt, so läßt sich auch an der für die actio Pauliana erforderlichen Absicht der Frau Klee, ihre Gläubiger zu verkürzen, nicht im mindesten zweifeln. Waren nämlich die fraglichen Einkünfte das einzige greifbare Executionsobject und sollten durch deren Abtretung, wie feststeht, den Kindern die Mittel zu ihrer Unterhaltung und Erziehung für die Zukunft gesichert werden, während diese an das Vermögen der Mutter gar keine Ansprüche erheben konnten, und eine sonstige rechtlich erklärbare Veranlassung zu dem Abtretungsgeschäft weder ersichtlich, noch auch nur behauptet ist, so leuchtet ein, daß Frau Klee nur in der Absicht gehandelt haben kann, das Object den Gläubigern zu entziehen, um es ihren Kindern zuzuwenden und dadurch zugleich der Nothwendigkeit anderweiter Beschaffung der Erziehungskosten überhoben zu sein. Das Geschäft unterliegt, so viel das Verhältniß zu den Gläubigern betrifft, einer gleichen Beurtheilung, wie eine Schenkung des ganzen Vermögens,

vergl. L. 17 § 1 D. h. t. (42, 8).

Dazu kommt, daß die schriftliche Beurkundung des Abtretungsgeschäftes unmittelbar nach der vom Interventen erwirkten und nur noch von dessen Eid abhängigen Verurtheilung der Ruttmann'schen Erben in die bedeutende Summe von fl. — nebst Zinsen erfolgte, was eine Bestätigung dafür liefert, daß die Absicht der Verkürzung gegen diesen Gläubiger vorzugsweise oder mindestens mit gerichtet war. Unerheblich ist der dawider vorgebrachte Einwand, daß das Abtretungsgeschäft schon viele Monate vor der Verurtheilung, im Frühjahr 1853, mündlich verabredet gewesen sei; denn die Intervenienten behaupten gar nicht, daß damals der Vermögensstand der Frau Klee ein besserer gewesen sei, als später, und der Ausgang des Hauptprocesses konnte von Frau Klee schon damals als wahrscheinlich vorausgesehen werden, da die Zeugenvernehmungen im Februar 1853 beendigt und ihr bekannt waren, das verurtheilende Erkenntniß sich wesentlich auf den Zeugenbeweis stützt und Frau Klee dasselbe anzufechten gar nicht versucht hat.

XII.

Dr. phil. H. M. Malten dahier, Kläger
contra
Heinrich Ludwig Brönner dahier, Beklagten.

Dr. phil. Malten fordert gestützt auf einen Vertrag de d. 12. April 1843 ein Honorar von fl. — per Bogen für ein bei H. L. Brönner erschienenes Werk. Der Beklagte behauptet, aus dem fraglichen Vertrage ergäbe sich nur dann dieser Anspruch, wenn bei der Herausgabe des Werks ein Gewinn erzielt werde, welcher Fall nicht eingetreten sei. Außerdem schützt Beklagter noch folgende Einreden vor:

1. daß das Werk nicht in Gemäßheit des Vertrags, sondern in Gefolge späterer Verabredung erschienen sei;

2. daß Kläger sich selbst damit einverstanden erklärt habe, daß ihm nach dem Stand des Unternehmens kein Anspruch auf das Honorar zustehe;

3. daß das Werk nur auf gemeinschaftliche Rechnung erschienen sei, wonach jeder Theil den Verlust zur Hälfte zu tragen habe, worauf die Einrede der Compensation beruht;

4. daß sie, beklagte Handlung, erklärt habe, die Druckkosten und sonstige Ausstellungskosten, soweit sie nicht durch die Subscription gedeckt erscheinen, daran zu wagen, Weiteres aber nicht, vielmehr dieses Weitere, nämlich ob für ihre Provision und des Klägers Honorar etwas herauskomme, von dem Erfolg der beiderseitigen Bemühungen abhängen solle.

Das Stadtgericht erkannte am 23. November 1853:

II. Die beklagte Handlung ist schuldig, dem Kläger die geforderten fl. — nebst Zinsen — zu bezahlen, sie würde denn beweisen, „daß der Vertrag vom 12. April 1843 durch mündliche Uebereinkunft dahin abgeändert worden sei, daß sie (die Beklagte) die Druckkosten und sonstige Ausstattungskosten, soweit sie noch nicht gedeckt erschienen, daran wagen wollte, das Weitere aber, nämlich ob für ihre Provision und des Klägers Honorar etwas herauskomme, von dem Erfolge der beiderseitigen Bemühungen abhängen soll."

Auf Appellation des Beklagten erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 10. März 1854, daß der Kläger vorerst den Grund seiner Klage zu beweisen habe, nämlich, daß die Absicht der Contrahenten dahin gegangen sei, daß dem Kläger ohne Rücksicht darauf, ob bei dem Unternehmen Nutzen oder Schaden herauskomme, das Honorar von fl. — gebühre, und dem Beklagten außer dem Gegenbeweis auch der Beweis seiner unter 1 — 4 vorgeschützten Einreden vorbehalten bleibe.

Auf Oberappellation des Klägers erkannte unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz das Oberappellationsgericht am 14. Mai 1855, daß das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder herzustellen sei, jedoch dem Beklagten alternative mit dem daselbst normirten Beweis noch der Beweis des Umstandes nachzulassen sei, „daß es zwischen ihm und dem Kläger bei dem

Abschlusse des Vertrages vom 12. April 1843 einverstanden gewesen sei, daß, wenn sich bei der ersten auf Subscription zu veranstaltenden Ausgabe des in Rede stehenden Werkes ein Verlust ergeben würde, dieser Verlust von beiden Theilen je zur Hälfte getragen werden solle, und, daß sich Verlust und welcher aus dem Unternehmen ergeben habe."

Der Entscheidung des Stadtgerichts und des Oberappellationsgerichts liegt der Vertrag vom 12. April 1843 zu Grunde, während das Appellationsgericht von der Ansicht ausging, daß der Vertrag vom 12. April 1843 verschiedene Auslegungen zuließe.

XIII.

Commercialbank zu London, Impetrantin

contra

Anton M. Kulp dahier, Impetraten.

Der hiesige Bürgerssohn Anton M. Kulp war Theilhaber der Handlung Halle u. Kulp zu London, deren anderer Theilhaber sich von dort entfernt hatte, ohne Nachricht von seinem Aufenthalt zu geben. Anton M. Kulp ging nun in seine Vaterstadt zurück und reichte hier am 28. September 1854 ein Güterabtretungsgesuch für die Handlung Halle u. Kulp zu London ein, in welchem er unter den Passiven namentlich verschiedene Wechsel aufführte, die gedachte Handlung auf die Commercialbank zu London trassirt hatte. Das Stadtgericht erkannte sich aber zur Erkennung des Concurses über die fragliche in London bestehende Handlung für incompetent.

Die Commercialbank in London trat nun gegen A. M. Kulp mit einer Wechselklage auf, beantragte auch Realarrest auf eine dem Beklagten inzwischen angefallene Erbschaft zu erkennen. In Betreff des letzteren Punktes verordnet art. 53 der prov. Proceßordnung: „die Güter eines hiesigen Bürgers und Beisassen,

eines dahier mit liegenden Gütern angesessenen Ausländers, eines Ortsnachbarn und eines jüdischen Schutzgenossen können wegen einer Forderung, da wo überhaupt nach den vorstehenden Artikeln Arrest zur Sicherung des Streitgegenstandes zuläſſig ist, zu diesem Endzwecke nur dann auf Gefahr und Kosten des Impetranten mit Arrest (Verbot) belegt werden, wenn entweder

1. der Schuldner schon wirklich entflohen sein sollte, und dieses bescheinigt ist, oder

2. hinlänglich bescheinigter Verdacht der Flucht vorhanden ist, oder rc.

Das Stadtgericht erkannte am 13. November 1854:

1. steht in Ermangelung der im art. 53 der prov. Proceßordnung verlangten Erfordernisse dem Arrestgesuche nicht zu entsprechen und

2. wird die Wechselklage zur Verhandlung an die Commission gewiesen.

Impetrantin ergriff gegen pos. 1. dieses Erkenntnisses die Appellation und nachdem sie, ohne daß der Impetrat dazu vorgeladen worden war, in einer mündlichen Verhandlung das Rechtsmittel gerechtfertigt hatte, erkannte das Appellationsgericht am 29. November 1854 den Arrest auf Gefahr und Kosten der Impetrantin und trug dem Stadtgericht den Vollzug auf. Auf Anrufen der Impetrantin verfügte das Stadtgericht am 2. December 1854 die Arrestanlage, wodurch Impetrat allgemeine Kenntniß von dem appellationsgerichtlichen Erkenntnisse erhielt. Impetrat ergriff dagegen alsbald die Nichtigkeitsbeschwerde, weil er zu der mündlichen Verhandlung des Appellationsgerichts nicht vorgeladen und ihm das ergangene Appellationsgerichts-Erkenntniß nicht insinuirt worden war. Als ihm das letztere auf einen gestellten Antrag am 12. Januar 1854 in Abschrift mitgetheilt wurde, interponirte er dagegen die Oberappellation. Das Oberappellationsgericht bestätigte am 21. Mai 1855 das Erkenntniß des Appellationsgerichts.

36. Ein in der Appellationsinstanz auf einseitiges Gehör einer Parthei ergangenes Arresturtheil.

Anlangend die Nichtigkeitsbeschwerde, so — — — mußte deren Inhalt für unbegründet erachtet werden. Denn

1. der Umstand, daß Beklagter am 27. November v. J. vor dem Appellationsgerichte nicht gehört ward, entspricht einem constanten Gerichtsgebrauche, nach welchem früher, ohne Anberaumung des gemeinrechtlichen Rechtfertigungstermines, sofort auf einseitiges Gehör und erfolgte Bescheinigung Arreste vom Stadtgerichte abgeschlagen oder erkannt und von dem Appellationsgerichte diese Bescheide bestätigt oder abgeändert wurden, ohne daß in Ansehung des Verfahrens ein Unterschied zwischen Bürgern, Einheimischen und Fremden stattgefunden hätte. Auch ist hierin durch das Gesetz vom 7. November 1848, welches im § 39 mündliche Verhandlung einer Parthei ausdrücklich gestattet, in Ansehung des einseitigen Gehörs nichts verändert, sondern nur eine sofortige mündliche Vernehmung den schriftlichen Anträgen hinzugefügt. Jener Gerichtsgebrauch ist in vielen Fällen zur Kunde des Oberappellationsgerichts gelangt und an dessen Rechtsbestand um so weniger zu zweifeln, als es dem Beklagten im Falle eines von dem Stadtgerichte erkannten Arrestes gestattet ist, dagegen entweder beim Stadtgerichte zu remonstriren, oder sich an das Appellationsgericht mittelst Rechtsmittels zu wenden,

Fr. S. Berolzheimer c. du Fay 1840

Gontard u. Sohn c. Ehlermann cur. bon. 1840

im Falle eines vom Stadtgericht abgeschlagenen, von dem Appellationsgerichte einseitig erkannten Arrestes aber dem Beklagten unbenommen ist, seine Einwendungen im Laufe des ferneren Verfahrens beim Stadtgerichte geltend zu machen oder auf dem Wege der Appellation allhier zu verfolgen.

Fr. S. Administration des Landgrafen von Hessen c. Baruch 1844.

Auch enthält

2. der Umstand, daß das Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 29. November dem Beklagten nicht insinuirt worden ist,

wenigstens keine unheilbare Nichtigkeit. Vielmehr ist es ganz in der Ordnung, daß ein auf einseitiges Gehör ergangenes Arresturtheil zunächst nur dem Stadtgerichte und dem Extrahenten zugeht, indem bei einem anderen Verfahren, da die Vollstreckung des Arrestes vom Stadtgericht decretirt wird und der Kläger sich an solches erst mittelst Gesuchs zu wenden hat, durch die frühere Kenntniß des Gegners von dem, was ihm bevorstehe, nur zu häufig der ganze Erfolg der Verfügung vereitelt werden dürfte. Auch ist der Beklagte von Erlaß und Inhalt des gedachten Erkenntnisses durch das in Beihalt der Eingabe der Klägerin vom 30. November völlig klare Decret des Stadtgerichts vom 2. December genügend und dergestalt in Kenntniß gesetzt, daß wenn es ihm darum zu thun war, die Gründe zum Appellationsgerichts-Erkenntnisse zu erfahren, ein sofortiger Antrag beim Stadtgerichte oder Appellationsgerichte ihn Zwecks weiterer Verfolgung seiner Rechte zeitig zum Ziele geführt haben würde, von einer unheilbaren Nichtigkeit mithin keinesfalls geredet werden kann.

37. Wann beginnt der Lauf der Frist zur Einwendung der Appellation?

Anlangend das Rechtsmittel der Appellation, so hat die Klägerin auf dessen Desertion um deßwillen angetragen, weil die am 16. Januar d. J. erfolgte Einwendung verspätet sei. Nun läßt sich freilich, wie am Schlusse der vorigen Nummer hervorgehoben ist, nicht in Abrede stellen, daß der Beklagte durch die Eingabe der Klägerin vom 30. November v. J. in Verbindung mit dem auf solche erfolgten Stadtgerichts-Bescheid vom 2. December desselben Jahres von dem wesentlichen Inhalte der Entscheidung des Appellationsgerichts vom 29. November ausreichende Kunde erhalten hat. Nicht minder hat das Oberappellationsgericht früher und namentlich auch in Frankfurter Sachen den Rechtssatz befolgt, daß im Falle fehlender oder ungenügender Eröffnung oder Behändigung von, der Rechtskraft fähigen Bescheiden die Fristen der wider solche einzuwendenden Rechtsmittel mit dem Momente, wo die betreffende Parthei ausreichende Kunde von dem wesent-

6*

lichen Inhalte jener Bescheide erhalten habe, zu laufen anfingen, wie solches in den Gründen zu den Erkenntnissen in

Fr. S. Laubinger c. Schnabel 1834

Brückner c. Wendel u. Dr. Zeitmann 1835

des Weiteren ausgeführt ist. Es mußte jedoch in dem vorliegenden Falle hiervon gegenwärtig abgestanden werden, da die neueste Frankfurtische Gesetzgebung

Verordnung vom 7. November 1848 § 29

den Satz enthält, daß der Lauf der Fatalien nicht mit Eröffnung, sondern erst mit Behändigung der Urtheile beginne, und hierdurch anerkannt hat, daß eine zufällige, wenn auch noch so genaue Kunde von dem Inhalte eines Erkenntnisses für die vorliegende Frage bedeutungslos sei, vielmehr der formelle Standpunkt fehlerfreier Behändigung der betreffenden Verfügung allein entscheide. Eine solche läßt sich erst in der Mittheilung der Abschrift des Appellationsgerichts-Urtheils vom 29. November 1854 finden, welche am 12. Januar d. J. stattgefunden hat, und daraus ergibt sich, daß die am 16. desselben Monats erfolgte Einwendung als zeitige anzusehen war.

38. Bescheinigung des Arrestgesuches. Art. 53 sub 1 der prov. Proceßordnung.

Die Beschwerde des Beklagten über den vom Appellationsgerichte verhängten Arrest und dessen Antrag auf Herstellung des Stadtgerichts-Bescheides vom 13. November v. J. mußte verworfen werden. Es ist nämlich

1. das Vorhandensein einer Forderung der Klägerin an den Beklagten durch dessen in dem Güterabtretungsgesuche vom 28. September v. J. sammt Bilanz in einer für die Erkennung eines Arrestes ausreichenden Weise bescheinigt. Geht man jedoch, wie geschehen muß, von der Ansicht aus, nicht die Bescheinigung einer Forderung an sich, sondern die der gegenwärtig im Wechselprocesse geltend gemachten Forderung werde verlangt, so liegt auch diese vor, da die von dem Beklagten in dem Hauptverfahren gegen die Zulässigkeit der Wechselklage erhobenen Einwendungen, insoweit sie in dem Arrestverfahren abermals geltend gemacht worden sind,

unbeschadet des Erkenntnisses in der Hauptsache, der für das Arrestverfahren erforderlichen Begründung ermangeln. Denn

a. der Einwand, es fehle der Klägerin die Befugniß, sich wechselmäßig zu verbinden, erscheint zwar weder durch die Bezugnahme auf das Oberappellationsgerichts-Decret vom 22. Februar d. J. *), welches hierüber nichts entschieden hat, noch durch art. 81 der prov. Proceßordnung, welche nur über die aus dem Besitze der Wechseldocumente für die Bevollmächtigung abzuleitende Vermuthung handelt, noch dadurch beseitigt, daß Klägerin eine anonyme Gesellschaft sei. Es handelt sich vielmehr darum, ob ihr als solcher nach Englischem Rechte die Befugniß zu der in Rede stehenden Wechseloperation zukomme. Dieses erscheint aber, abgesehen von der Frage, ob der aus

6. Anne c. 22 s. 9

entnommene Einwand im vorliegenden Falle überhaupt zutreffe,

Chitty and Hulme. On bills of exchange etc. Ninth edit. 1840 p. 16. 17

durch die von dem Beklagten in seinem Güterabtretungsgesuche ausgesprochene Anerkennung der Klägerin als seiner Contrahentin zur Zeit so ausreichend bescheinigt, daß es von Seiten des Beklagten für seine Behauptung einer Gegenbescheinigung bedurft haben würde, wenn der Einwand gegenwärtig hätte Berücksichtigung finden sollen. Auch ist

b. der Mangel eines förmlichen Protestes bei sämmtlichen Wechseln, mit Ausnahme des am 28. Februar v. J., nicht geeignet, die Wechselforderung sofort, insoweit es an Protesten fehlt, zu verwerfen. Die Frage, ob hier art. 41 oder art. 86 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung zur Anwendung komme, ist im Hauptverfahren endlich zu entscheiden. Wenn art. 86, so wird, da sämmtliche Wechsel englische Inlandswechsel sind, auch die

*) Der Beklagte behauptete, in Folge Privilegs der königl. Bank könne sich die Commercialbank nicht wechselmäßig verpflichten. Klägerin berief sich auf das Rubrum des oben genannten proceßleitenden Decrets, in welchem es heißt: „in Sachen der Commercialbank, Klägerin c. ꝛc.“

Aechtheit der auf solchen stattgehabten Notirungen mit Grund nicht in Zweifel gezogen werden kann, es unbedenklich sein, diese gehörig notirten Wechsel nach englischer Praxis, für welche es hier genügen wird, auf

Chitty & Hulme l. c. p. 465. 466

Bezug zu nehmen, für geeignet zu halten, um auf deren Grund Capital, Zinsen, Schäden und Kosten einzuklagen, weßhalb diese Wechsel als zur Arresterkennung genügend erachtet werden mußten.

c. Die Behauptung des Beklagten, Klägerin habe unterlassen, ihn von den nicht erfolgten Zahlungen der Wechsel sofort in Kenntniß zu setzen, ist theils durch das im Güterabtretungsgesuche nebst Bilanz enthaltene Anerkenntniß der Kunde von der Nichtbezahlung, theils dadurch beseitigt, daß der Beklagte zugestanden hat, der eine Theilhaber der zu London etablirten Handlung Halle u. Kulp sei davon gegangen, ohne Nachricht von seinem Aufenthalt zu geben, und nicht minder, daß er selbst London verlassen habe, ohne daß er zu behaupten vermocht hätte, seine Gläubigerin davon in Kenntniß gesetzt zu haben, wohin er sich begebe. Denn die in dem Güterabtretungsgesuche gemachte Angabe, daß er Vollmacht in London bei dem Advocaten Henderson hinterlassen habe, kommt hiergegen nicht in Betracht, da nicht bemerkt ist, daß er von dieser Bevollmächtigung seine Gläubigerin benachrichtigt habe.

2. Anlangend sodann das Vorhandensein eines ausreichenden Arrestgrundes, so wird es vor Allem darauf ankommen, zu entscheiden, ob ein solcher in den von dem Beklagten selbst als Frankfurtischen Bürgerssohn für sich in Anspruch genommenen art. 53 der prov. Proceßordnung, in dessen Worten nur der Bürger, nicht der Bürgerssöhne gedacht ist, zu finden sei, indem für den Bejahungsfall weder die Frage, ob gedachter Artikel in einem Falle vorliegender Art auf Bürgerssöhne Anwendung finde, noch eventuell die, ob die Voraussetzungen eines anderen Artikels hier zutreffend seien, einer Entscheidung bedarf. Nun mußte aber angenommen werden, daß der Beklagte, welcher sich nach obigen Ausführungen von London ohne Benachrichtigung seiner Gläubigerin, wohin er gehe, und ohne ihr die Mittel zu ihrer Befriedigung zu hinterlassen, ebenso, wie früher sein Gesellschafter entfernt hat, vor seiner

Gläubigerin geflohen und von solcher in Frankfurt eingeholt worden sei. Es liegen also die Voraussetzungen des art. 53 Nr. 1 hier vor, da solcher nicht davon spricht, daß die Flucht von Frankfurt aus bewerkstelligt sein müsse, sondern allgemein lautet, auch der Umstand, daß Frankfurt, wo der Beklagte eingeholt ward, dessen Vaterstadt ist, die Anwendung des Artikels nicht auszuschließen vermag. Hiernach kommt es auf die Fragen, ob die Fälle des art. 53 Nr. 2 u. 3 hier als vorhanden anzusehen seien und aus ihnen die Erkennung des Arrestes sich begründen lasse, nicht weiter an.

39. Verlangen an die Stelle der mit Arrest bestrickten Sache einen anderen Gegenstand zu substituiren.

Schließlich konnte der Arrest auch nicht auf Grund der in gegenwärtiger Instanz beigebrachten Bescheinigung über einen dem Beklagten angefallenen Immobiliarbesitz aufgehoben werden, da es in der Bescheinigung an einer Angabe seines Werthes fehlt, sich mithin nicht beurtheilen ließ, ob er als ausreichende Caution für die Relaxation des Arrestes anzusehen sei. Es bleibt jedoch dem Beklagten unbenommen, deßfallsige Anträge, insoweit er sich getrauet, mit solchen durchzukommen, bei dem Stadtgerichte anzubringen.

XIV.

L. A. Hahn dahier, Kläger

contra

Nachmann u. Sohn in Mainz, Beklagte.

Nachmann u. Sohn in Mainz gaben an L. A. Hahn die Summe von fl. — Nominalwerth in Oesterr. Banknoten, mit dem Auftrage, dieselben zu verkaufen, sobald der Cours von 112 ½ % dafür zu machen sei. Später wurde L. A. Hahn von Nachmann u. Sohn aufgefordert, die Banknoten einem anderen

hiesigen Hause auszuliefern. Hahn übersandte alsbald die betreffende Summe in Oesterr. Banknoten dem aufgegebenen Hause, das jedoch die Annahme mit dem Bemerken verweigerte, daß diese Papiere nicht die ihm, von Nachmann u. Sohn bezeichneten Nummern trügen und es ausdrückliche Ordre habe, nur diese anzunehmen. Als nun Hahn eine Contocorrentforderung gegen Nachmann u. Sohn einklagte und deren Verurtheilung gegen Empfangnahme der fraglichen Oesterr. Banknoten beantragte, machten die Beklagten compensando und reconveniendo die Forderung jener Banknoten zum Course von $112\frac{1}{2}$ geltend, weil Kläger ihnen dieselben Nummern zurückzugeben außer Stand sei.

Das Stadtgericht verurtheilte am 4. October 1854 die Beklagten zur Zahlung der libellirten Contocorrentforderung gegen Herausgabe von fl. — Oesterr. Banknoten im Nominalwerthe von fl. — und zur Erstattung der Proceßkosten. Dieses Urtheil wurde auf Appellation der Beklagten unter Verurtheilung derselben zum Kostenersatze bestätigt vom

Appellationsgericht am 12. Januar 1855
Oberappellationsgericht am 25. Mai 1855.

40. Rückgabe vertretbarer Sachen.

Die Beklagten und Appellanten gründen ihre Forderung darauf, daß sie, weil Appellat (nach der Geschichtserzählung) pflichtwidrig seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit nicht nachgekommen, zur Geltendmachung des vollen Interesse berechtigt seien und dieses in der Berechnung der überschickten Banknoten zu dem gesetzten Limitum von $112\frac{1}{2}$ % bestehe. Wenn und soweit hier

I. die Pflichtwidrigkeit des Appellaten darin gesetzt wird, daß derselbe schuldvoller Weise sich außer Stand gesetzt habe, diejenigen Banknoten, die ihm übersandt worden, zurückzugeben, so fragt es sich zunächst

A. ob überhaupt Appellat zur Zurücklieferung gerade derjenigen Banknoten-Individuen, die er erhalten, verpflichtet war. Daß Oesterr. Banknoten, wenn nicht zum Papiergelde, denn doch zu den auf den Inhaber lautenden Staatspapieren, also jedenfalls

zu den vertretbaren Sachen zu rechnen sind, ist nicht zu bezweifeln und wird auch von den Appellanten nicht in Frage gestellt. Aus dieser ihrer Natur folgt, daß einer Restitutionspflicht, die solche Banknoten zum Gegenstande hat, der Regel nach durch Hingabe einer gleichen Zahl von gleicher Größe genügt werden kann. Es fragt sich daher nur, ob im vorliegenden Falle besondere Gründe vorhanden waren, welche ausnahmsweise zur Zurücklieferung der erhaltenen Stücke in specie verpflichteten. Einen solchen Grund glauben Appellanten

1. in der eigenthümlichen Natur des zwischen ihnen und dem Appellaten eingegangenen Rechtsgeschäfts — einer Verkaufs-Commission zu finden. Nun ist es allerdings unzweifelhaft richtig, daß der Verkaufs-Commissionär, dafern er den Verkauf zu den ihm vorgeschriebenen Bedingungen nicht bewirkt hat, zur Zurückgabe desselben Objects, welches ihm in Commission gegeben worden, angehalten werden kann. Allein bei vertretbaren Sachen gilt ja die Regel, daß ebensoviel in derselben Gattung rechtlich dasselbe ist. Wo sie den Gegenstand eines Rechtsgeschäftes bilden, welches die Pflicht zur Zurückgabe des erhaltenen Objects mit sich bringt, bestimmt sich folgeweise die Identität des letzteren nicht nach der Individualität der überkommenen Stücke, sondern lediglich nach der Zahl und Gattung. Ein Rechtsgeschäft, welches seiner Natur nach zur Zurückgabe gerade des Erhaltenen verpflichtet, ist das Depositum. Gleichwohl ist anerkannt, daß wenn Geld — ohne durch besondere Maßregeln individualisirt zu sein — deponirt wird, das Eigenthum auf den Empfänger übergeht und dieser nur eine gleiche Summe zurückzuzahlen hat: der Grund hierfür liegt aber nicht etwa in der besonderen Natur des Geldes, sondern in dessen Eigenschaft als einer vertretbaren Sache, und muß also von andern Fungibilien dasselbe gelten.

L. 31 D. locati (19, 2)

Es bedarf hiernach immer einer besonderen Willenserklärung (wie sie z. B. beim Gelde in der Verpackung, Versiegelung u. s. w. gefunden wird), daß fungibele Sachen in specie zurückgegeben werden sollen, um die Verbindlichkeit des Empfängers

hierauf zu richten. — Diese Willenserklärung soll nach Ansicht des Appellanten vorliegend jedenfalls

2. darin enthalten sein, daß die Banknoten in dem Schreiben vom 24. Mai 1853, mit dem sie dem Appellaten übersandt wurden, einzeln nach Serie und Nummer verzeichnet worden sind. Allein der hinreichend klare Ausdruck eines solchen auf exceptionelle Behandlung des Geschäfts gerichteten Willens konnte in dieser Beziehung (die schon auf andere Weise, z. B. aus der Absicht eine Controllirung des Empfangenen, eine Nachforschung nach Vermißtem ꝛc. zu sichern, sich erklären ließ) nicht gefunden werden. Auch läßt sich überall nicht annehmen, daß Appellat die fragliche Absicht der Appellanten wirklich unterstellt und so auf das Geschäft sich eingelassen habe. Denn in seinem Antwortschreiben vom 25. Mai 1853 spricht er nur von empfangenen „fl. — Oesterr. Banknoten" im Allgemeinen. Wenn er dabei bemerkt, „er halte dieselben einstweilen zur Disposition der Appellanten," so bezieht sich dies jedenfalls nur auf die Zeit bis zur Angabe des damals von den Appellanten aus Versehen noch nicht angegebenen Limitum. Und wenn er in seinem Schreiben vom 3. November 1853 von seiner „Mühe der Aufbewahrung" spricht, so kann man dies sehr wohl darauf beziehen, daß auch derjenige, der vertretbare Sachen als solche, mit der Verbindlichkeit, sie auf Verlangen zu restituiren, erhält, zwar nicht die individuellen Stücke conserviren, wohl aber sich in fortwährender Bereitschaft halten muß, eine gleiche Zahl in gleicher Gattung zu liefern. Daß Appellat seiner Aufbewahrungspflicht in diesem Sinne nicht nachgekommen, ist von den Appellanten nicht behauptet. Derselbe hat in der That, sobald die deßfallsige Aufforderung an ihn erging, zu einer Restitution, wie sie ihm oblag, sich bereit und im Stande gezeigt.

B. Angenommen aber auch die Pflicht des Appellaten sei auf Zurückgabe der empfangenen Banknoten in specie gegangen, derselbe sei also dadurch, daß er sich zu einer solchen außer Stand gesetzt, den Appellanten zum Ersatze des Interesse pflichtig geworden, so kam er doch dieser seiner Ersatzpflicht dadurch vollständig nach, daß er den Appellanten Papiere von durchaus derselben Beschaffenheit und demselben Werthe, wie die erhaltenen, zu liefern

bereit war. Hier kommt eben wieder die allgemeine Natur dieser Papiere als vertretbarer Sachen in Betracht, wonach eine bestimmte Stückzahl durch eine gleiche Zahl von gleicher Gattung gedeckt wird. Es wäre Sache der Appellanten gewesen, durch Anführung besonderer Umstände es zu begründen, weßhalb gegen diese allgemeine Rechtsregel, die offerirten Stücke für sie nicht denselben Werth gehabt, wie die dem Appellaten übergebenen. Hierüber aber haben sie nicht einmal eine Andeutung gemacht. Wenn sie jetzt die Behauptung aufstellen, die deßfallsigen Anführungen gehörten in das Beweisverfahren, im ersten Verfahren genüge es, gezeigt zu haben, daß Appellat ihnen zum Ersatze des Interesse pflichtig geworden, so kann die Richtigkeit dieser Behauptung im Uebrigen dahin gestellt bleiben: daß durch die Handlungsweise des anderen Theils in ihren endlichen Resultaten überhaupt ein rechtliches Interesse verletzt worden, daß mit anderen Worten dadurch ein Schaden entstanden, mußte jedenfalls im präparatorischen Verfahren dargelegt werden.

Es ergibt sich aus dem Bisherigen

II. daß der von den Appellanten verfolgte Anspruch auf Ersatz von fl. — nur darauf gegründet werden konnte, daß Appellat die erhaltenen Banknoten zu dem Cours von 112 ½ % verkauft oder zu verkaufen Gelegenheit gehabt habe. Eine solche Behauptung ist aber von den Appellanten gar nicht — — vorgebracht worden.

XV.

Friedrich Joseph Meggenhofen dahier, Kläger
contra
die Direction des hiesigen Stadttheaters, Beklagte.

Nachdem Friedrich Joseph Meggenhofen, der als erster Trompeter bei dem hiesigen Stadttheater angestellt war, seit 1849 wegen Kränklichkeit um seine Pensionirung bei dem Verwaltungs-

Ausschusse der Frankfurter Theater-Pensions-Anstalt zu wiederholten Malen, jedoch jedesmal vergebens, nachgesucht hatte, erklärte er sich am 21. October 1852 der Theaterdirection gegenüber bereit, den bis jetzt unterbrochenen Dienst wieder anzutreten und nahm zugleich von diesem Tage an die Auszahlung des ihm gebührenden Gehalts in Anspruch. Die Weigerung der Theaterdirection auf diese Anforderung einzugehen, gab Veranlassung, daß Fr. Jos. Meggenhofen Klage erhob, deren Folge war, daß das Stadtgericht am 28. Februar 1853 und das Appellationsgericht am 9. Mai 1853 rechtskräftig die Beklagte zur Zahlung der Gehaltsbezüge des Klägers vom 21. October 1852 an verurtheilte, bis ein den noch in Wirksamkeit bestehenden Contract des Klägers aufhebender Umstand eintreten würde. Schon einen Tag nach dem ergangenen stadtgerichtlichen Urtheile, — am 1. März 1853 kündigte die Beklagte dem Kläger seinen Contract, weil der letztere seine contractlichen Verbindlichkeiten zu erfüllen nicht im Stande wäre. Als nun Kläger im September 1853 um Anberaumung einer Zahlungsfrist für die Gehaltsbezüge bis zum 1. September 1853 bat und diese auch vom Stadtgerichte angesetzt wurde, behauptete die Beklagte, daß durch die Entlassung des Klägers aus dem Dienste sie nur bis zum 1. März 1853 den Gehalt zu zahlen habe. Der Kläger replicirte, daß vermöge der im § 6 der Theater-Concessions-Urkunde vom 10. Mai 1849 getroffenen Bestimmung die Entlassung derjenigen älteren Orchestermitglieder, zu denen der Kläger gehöre, wider ihren Willen nur dann definitive Gültigkeit erlange, wenn der Grund der Entlassung von der competenten Verwaltungsstelle — von dem Polizeiamte oder im Recurswege von dem Verwaltungssenate — als ein zureichender anerkannt worden sei, und daß bei den genannten Verwaltungsstellen alsbald ein Verfahren hierüber eröffnet worden sei. Die Streitfrage beruht demgemäß darauf, daß der Kläger behauptet, seine Entlassung könne nicht eher eine Wirkung äußern, als bis die Bestätigung der competenten Verwaltungsstellen hinzugekommen sei, der Gehalt müsse ihm daher bis zum Augenblick der administrativen Entscheidung, wie diese auch ausfallen möge, fortgezahlt werden, — die Beklagte dagegen der Ansicht ist, daß

die von ihr erklärte Entlassung sofort in Wirksamkeit getreten sei, mindestens aber die spätere amtliche Bestätigung auf den Tag der Entlassung zurückbezogen und deßhalb vor definitiver gerichtlicher Entscheidung abgewartet werden müsse. Das Stadtgericht trat in seinem Urtheile vom 21. December 1853 der Ansicht des Klägers bei. Auf Appellation der Beklagten wurde dieses Erkenntniß bestätigt vom

Appellationsgericht am 27. Februar 1854
Oberappellationsgericht am 31. Mai 1855.

Nachdem in dritter Instanz bereits der Actenschluß erkannt war, trat Kläger mit dem novum auf, daß er zufolge Bescheids des Polizeiamtes vom 1. November 1854 und des in der Recurs-Instanz ergangenen Beschlusses des Verwaltungssenates vom 1. Februar 1855 am 1. November 1854 seiner Dienste als Orchestermitglied entlassen und pensionirt sei, so daß das Oberappellationsgericht in dem obigen Urtheile den Endpunkt der Gehaltszahlungen auf den 1. November 1854 festsetzte. Die Beklagte wurde in jeder Instanz in die Kosten verurtheilt, ausgenommen wurden von der dritten Instanz die durch den klägerischen Antrag auf Wiederaufhebung des Actenschlusses entstandenen Kosten, die compensirt wurden.

40. Ein Executionsantrag kann nur durch völlig liquide Einreden sistirt werden.

Die Beurtheilung der in obiger Geschichtserzählung hervorgehobenen Streitfrage mußte in Uebereinstimmung mit den beiden vorigen Gerichten beantwortet werden. — — — Es hat nämlich schon viel für sich, den Anspruch des Klägers wegen der processualischen Lage der Sache für gerechtfertigt zu halten. Das rechtskräftig gewordene Stadtgerichts-Erkenntniß vom 28. Februar 1853 hatte nur einen Anfangstermin, nicht aber irgend einen Endtermin für die Gehaltszahlung an den Kläger festgesetzt. Der Kläger durfte daher jederzeit einen Executionsantrag auf die fälligen Gehaltsraten stellen, — wie er dies auch für die Zeit bis zum 1. September 1853 in seiner Eingabe vom 6. ejusdem und für die

weiter fällig werdenden Raten in seiner Erklärung vom 1. October desselben Jahres gethan hat — und die Beklagte hätte dem nur mit einer völlig liquiden Einrede begegnen können. Das Factum der von der Beklagten am 1. März 1853 erklärten Entlassung konnte aber für sich allein nach der oben angeführten Bestimmung der Theater-Concession in keinem Falle eine Aufhebung des Contracts-Verhältnisses begründen, zumal da der Kläger bereits Beschwerde dagegen bei dem Polizeiamte erhoben hatte. Es kam daher darauf an, daß die Beklagten innerhalb des Executionsverfahrens das Begründetsein der Entlassung durch Beibringung der behufigen Entscheidung der competenten Verwaltungsstelle nachzuweisen im Stande gewesen wäre. Das hat die Beklagte aber bis zum Schluß des gerichtlichen Verfahrens nicht vermocht. — — — Es blieb daher nichts anderes übrig, als die Beklagten zur Erfüllung des liquiden Executionsantrages anzuhalten.

41. Zeitpunkt der Beendigung eines Dienstverhältnisses, bei welchem der Staat sich vorbehalten hat, die vom Dienstherrn geschehene Entlassung zu bestätigen.

Wollte man aber auch Bedenken tragen, auf das in der vorigen Nummer Vorgetragene allein das entscheidende Gewicht zu legen, so muß doch die Ansicht, daß der Kläger seinen Gehalt bis zur administrativen Entscheidung über seine Entlassung jedenfalls fortzubeziehen hatte, auch an sich als die richtigere anerkannt werden. Denn wenn ein Dienstverhältniß in der Weise unter den besonderen Schutz des Staates gestellt ist, daß die Entlassung des Dieners zu ihrer Gültigkeit der amtlichen Bestätigung einer Behörde bedarf, so muß, wenn etwas anderes nicht darüber bestimmt worden war, angenommen werden, daß die Auflösung des Dienstverhältnisses erst mit dem Augenblick der Bestätigung eintrete. Das Entlassungsrecht ruht in solchem Falle nicht in den Händen des Dienstherrn allein, sondern ist ein zwischen ihm und der Behörde getheiltes; zur Ausübung desselben bedarf es zweier Handlungen, die erst zusammengekommen sein müssen, ehe die Entlassung als perfect angesehen werden kann. Die Wirkung der

zweiten Handlung (der amtlichen Bestätigung) auf den Zeitpunkt der ersten (der vom Dienstherrn erklärten Entlassung) zurückzubeziehen, dafür fehlt es an jedem Rechtsgrunde, und es würde dadurch überdies ein der Natur des Dienstverhältnisses nicht entsprechender Zwischenzustand entstehen, indem es eine nothwendige Folge dieser Annahme wäre, daß der Diener vom Augenblicke der erklärten Entlassung an von jeder Dienstleistung und jeder Pflicht gegen den Dienstherrn entbunden sein, im Fall aber die amtliche Bestätigung versagt würde, in alle seine Verbindlichkeiten nach monate- oder selbst jahrelanger Unterbrechung wieder eintreten müßte. Unverkennbar ist es die natürlichere und daher im Zweifel als Sinn der fraglichen Bestimmung zu vermuthende Annahme, daß das Dienstverhältniß rechtlich fortbestehe, — daher auch der Dienstherr, wenn er es in seinem Interesse angemessen findet, die Fortsetzung der Dienste verlangen könne, — bis die Auflösung des Verhältnisses durch die amtliche Bestätigung entschieden worden ist, so daß die vom Dienstherrn erklärte Verabschiedung zwar nicht als bloßer Antrag, aber doch nur als Ankündigung der Entlassung und als Beginn des Entlassungs-Verfahrens aufgefaßt werden muß. Dies gilt aber hier um so unbedenklicher, da es sich nicht um ein reines Privat-Dienstverhältniß handelt, vielmehr eine Staatsbehörde es war, welche die Rechte und Pflichten aus dem mit dem Kläger abgeschlossenen Dienstcontract nur mit dem Vorbehalte amtlicher Mitwirkung bei der Dienstentlassung auf die jedesmaligen Theater-Unternehmer überwies. Auch die Worte der Concessions-Urkunde selbst sprechen für die Richtigkeit der bemerkten Auffassung, indem dieselben nur dahin verstanden werden können, daß die Theater-Direction verpflichtet sein sollte, die Musiker von der Kategorie des Klägers beizubehalten, bis die Direction bei dem Polizeiamte das Dasein eines gegründeten Anlasses zur Verabschiedung nachgewiesen haben werde.

— — — — — — — — — — — — — — — —

Die Beklagte hat nun zwar auch geltend gemacht, der Kläger habe die Entlassung vom 1. März 1853 dadurch anerkannt, daß er seinen Dienst nicht wieder angetreten, noch sich dazu gemeldet habe. Die Grundlosigkeit dieses Einwandes leuchtet aber von selbst

ein, da der Kläger gegen seine Entlassung sofort bei der competenten Behörde Beschwerde erhob, und seine Dienstleistungen der Beklagten nicht aufdringen konnte.

XVI.

Catharina J. und Johann Ludwig K. als Vormund des unehelichen Sohnes des ersteren zu Glattbach, Kläger

contra

Thomas Buton L. dahier, Beklagten.

In einer Schwängerungssache verlangte Klägerin, daß der Beklagte sie zu ehelichen oder mit fl. 2000 zu dotiren und zu entschädigen, ferner dem Kinde Alimente von fl. 3 resp. fl. 4 wöchentlich bis zu dem Zeitpunkte, daß es sich selbst zu ernähren im Stande sein werde, anticipando zu bezahlen, auch im Fall der Krankheit des Kindes oder dessen Todes die Krankheits-, resp. Beerdigungskosten zu tragen verbunden erachtet werden solle.

Das Stadtgericht erkannte am 12. April 1854:

I. Beklagter ist schuldig der Klägerin für die Kindbettkosten fl. 15 zu vergüten, beziehungsweise sich auf die derselben bezahlten fl. 50 in Aufrechnung bringen zu lassen, es könnte denn die Klägerin — beweisen, daß und wie viel mehr als fl. 15 bis zu fl. 50 die Niederkunftskosten in Griesheim betragen haben.

II. Der Beklagte hat der Klägerin für die ihr entzogene weibliche Ehre eine Vergütung von fl. 15 zu leisten, beziehungsweise sich aufrechnen zu lassen.

III. Der Beklagte hat einen Alimentationsbeitrag von wöchentlich 45 kr. bis zum zurückgelegten 7ten Lebensjahre des von der Klägerin geborenen Kindes und von da an bis zu dessen zurückgelegtem 14ten Lebensjahr einen solchen von wöchentlich fl. 1 zu leisten.

IV. Die beantragte eventuelle Zuerkennung des Ersatzes von Kosten für die etwaige Krankheit und Beerdigung des Kindes erscheint nicht zulässig.

Auf beiderseitige Appellation erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 23. Juni 1854:

1. daß Klägerin mit dem sub I. nachgelassenen Beweis zu verschonen, vielmehr die vom Beklagten bereits bezahlten fl. 50 für Kindbettkosten bezahlt anzusehen seien;

2. daß dem Beklagten der Beweis der von ihm vorgeschützten Einrede, daß Klägerin zur Zeit des vollzogenen Beischlafs bereits ihre Jungfrauschaft verloren gehabt habe, nachzulassen und daß im Fall der Erbringung dieses Beweises die Entschädigung von fl. 15 wegzufallen habe;

3. daß für den Fall der Krankheit oder Todes des Kindes der Klägerin jeder Anspruch vorbehalten bleibt.

Auf Oberappellation des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze dieses Urtheil vom Oberappellationsgerichte am 16. Juni 1855 bestätigt.

43. Bis zu welchem Alter hat der Erzeuger eines unehelichen Kindes eine Beisteuer zu dessen Alimentation zu geben?

Der ebenso constante, als allgemeine Gerichtsgebrauch, den Erzeuger eines unehelichen Kindes nur bis zum vollendeten 14ten Lebensjahre des Letzteren zu Leistung eines entsprechenden Alimentations-Beitrags für schuldig zu erkennen, findet darin seine volle Rechtfertigung, daß dies Alter, wie den Zeitpunkt der Pubertät, so auch der Regel nach den der Confirmation und des Eintritts in Lehr-, Dienst- oder sonstige den Unterhalt des Kindes sicherstellende Verhältnisse bildet, und es könnte höchstens, wenn nach Erreichung jenes Alters die absolute Unfähigkeit des Kindes vorliegt, sich selbst zu erhalten, ein Anspruch auf fernere Beisteuer wider den natürlichen Vater erhoben werden.

44. Bestimmung der Satisfactionssumme pro defloratione.
(Bd. I. Nr. 63. 145)

Da Klägerin weder ein Eheverlöbniß, noch auch nur, unter dem Versprechen der Ehe geschwängert und dadurch zu Gestattung des Beischlafs verleitet worden zu sein, behauptet hat, so hat sie auf Ehelichung so wenig einen Anspruch, als auf eine der vereitelten Hoffnung auf Ehelichung mit dem Beklagten und dessen bürgerlicher Stellung, wie Vermögenslage entsprechende Entschädigung. Vielmehr kann die erhobene Klage, mag immerhin das petitum auf Ehelichung oder Dotation gestellt gewesen sein, nur als eine gewöhnliche Schwängerungsklage behandelt werden; bei solcher bestimmt sich nun aber für die der Geschwängerten, falls selbige nicht etwa schon deflorirt gewesen, zukommende Satisfaction der Betrag nach ihren persönlichen Verhältnissen und ist dabei dem Ermessen des mit dem deßfallsigen Gerichtsgebrauch, wie mit den Verhältnissen der Partheien genauer bekannten Richters erster Instanz ein vorzugsweises Gewicht beizulegen; sonach war denn bei der vorliegend vom Stadtgerichte zuerkannten und in der sententia a qua gebilligten Satisfactionssumme von nur fl. 15, so geringfügig solche auch an sich und nach Stand und zugestandenem Einkommen des Beklagten erscheint, um so mehr stehen zu bleiben, als weder die vom Beklagten in Betreff der Niederkunftskosten und sonst gegen die Klägerin geübte Liberalität, noch auch der Umstand, daß die Alimentations-Beiträge nicht nach dem niedrigsten Maßstabe gerichtsseitig bemessen worden sind, eine Nothwendigkeit entsprechender Erhöhung der Deflorationsgebühr zu begründen vermag, vielmehr sogar anzunehmen steht, es sei letztere gerade mit Rücksicht auf die in jenen Beziehungen von dem Beklagten freiwillig übernommenen und fernerweit ihm auferlegten höheren Prästanda, so wie geschehen und zum niedrigsten Satze von fl. 15 festgestellt worden.

XVII.

Franz Carl H. dahier, Kläger
contra
dessen Ehefrau Catharina, geb. F., Beklagte.

Während der Band I. Nr. XCIII. mitgetheilte Entscheidungsproceß noch nicht zu einem definitiven Ende geführt war, trat Kläger, resp. dessen Curatoren, mit der Behauptung auf, daß seine Ehefrau sich neuerdings des Ehebruches schuldig gemacht und während sie seit Sommer 1852 von ihm, dem Kläger, gerichtskundig getrennt gelebt habe, am 18. Juli 1853 ein Kind geboren habe. Kläger bittet seine Ehe zu trennen. Die Beklagte bestreitet nicht, daß sie von ihrem Ehemanne getrennt gelebt habe, behauptet aber, im November 1852, als Kläger, der damals in Hanau gelebt habe, sein Kind zu sehen gewünscht habe, bei dieser Gelegenheit demselben ehelich beigewohnt zu haben. Beklagte opponirt ferner die Einrede der Compensation, indem sich Kläger jedenfalls auch des Ehebruches schuldig gemacht habe, namentlich mit einer Schauspielerin H. und einer Aufwärterin bei einem Conditoren mit Namens E.

Das Stadtgericht erkannte am 21. April 1854 unter dem Bemerken, daß das Gericht nicht gemeint sei, hiermit irgend eine Entscheidung hinsichtlich des in vorliegender Sache überall nicht in Frage stehenden status des von der Beklagten am 18. Juli 1853 geborenen Kindes abzugeben:

II. hat Kläger zu beweisen, „daß die Beklagte seit dem 23. October 1852 sich des Ehebruches schuldig gemacht habe."

III. Der Beklagten wird der Beweis nachgelassen, „daß auch der Kläger sich des Ehebruches schuldig gemacht habe."

IV. Soll hiernach weitere Verfügung ergehen.

V. Die der Beklagten von dem klagenden Theil zur Bestreitung ihres Unterhalts zu leistende Zahlung wird neben den bisherigen

Prästationen für Wohnung, Kleidung und Wäschelohn, vorläufig auf fl. 10 wöchentlich pro futuro bestimmt.

Auf beiderseitige Appellation bestätigte das Appellationsgericht am 26. Juni 1854 das stadtgerichtliche Erkenntniß, mit der Abänderung, daß der Kläger verbunden sei, die von dem Stadtgerichte auf fl. 10 wöchentlich bestimmten Alimente in diesem Betrage vom 29. August 1853 an zu bezahlen. Von den Kosten hat Kläger der Beklagten ein Sechstheil zu erstatten.

Auf Oberappellation des Klägers erkannte unter Verurtheilung des Klägers in die Hälfte der Kosten und unter Compensation der anderen Hälfte das Oberappellationsgericht am 30. Juni 1855, daß Kläger mit dem ihm im Stadtgerichts-Urtheile sub II. auferlegten Beweise zu verschonen, der Beklagten dagegen alternativ mit dem ihr daselbst sub III. nachgelassenen Beweise auch noch der Beweis nachzulassen sei, „daß sie um die Mitte Novembers 1852 bei einem Besuche zu Hanau mit ihrem Manne ehelichen Beischlaf gepflogen habe."

45. Die Vermuthung für die Legitimität eines in der Ehe geborenen Kindes setzt ein eheliches Zusammenleben des Ehegatten voraus.

Die Beschwerde, dahin gehend, daß dem Kläger noch ein Beweis des der Beklagten schuldgegebenen Ehebruchs angesonnen und nicht vielmehr höchstens noch letzterer der Beweis ihres exceptivischen Vorbringens, gelegentlich eines ihrem Manne zu Hanau um die Mitte Novembers 1852 gemachten Besuches mit demselben eheliche Beiwohnung gepflogen zu haben, nachgelassen worden sei, war in der letzteren Beziehung Folge zu geben. Denn wenngleich die bloße suspicio adulterii nicht in dem Sinne zum Behufe einer Scheidung genügt, daß solche Thatsachen, welche zu der Annahme geschlechtlichen Verkehrs des einen Ehegatten mit Dritten mit Nothwendigkeit führen würden, nur wahrscheinlich gemacht zu werden brauchten, vielmehr bloß dies damit gemeint ist, daß, sobald aus völlig constatirten Thatsachen auch nur eine dringende Vermuthung eingetretener Verletzung der ehelichen Treue sich ergibt, ein directer Beweis des Ehebruchs nicht weiter erforderlich ist; und wenngleich ferner dafür, daß das von einer Ehefrau geborene Kind

von deren Manne gezeugt sei, bis zum Beweise der Unmöglichkeit eine gesetzliche Präsumtion streitet, so beruht doch diese letztere Vermuthung wesentlich darauf, daß die betheiligten Ehegatten auch wirklich in der das Wesen der Ehe bildenden, andauernden und umfassenden Lebensgemeinschaft gestanden, in Wahrheit mit einander gelebt haben, wie dies namentlich aus der

L. 6 D. de his qui sui (1, 6)

sich ergibt, welche gerade und auch nur in Betreff desjenigen Ehemannes, qui assidue cum uxore sua moratus fuerit, sich dahin äußert, daß seine Weigerung, das von letzterer geborene Kind anzuerkennen, bloß dann Beachtung finden könne, wenn er seine Zeugungs-Unfähigkeit oder daß er wegen Krankheit oder sonstiger Gründe längere Zeit seiner Frau nicht beigewohnt habe, zu beweisen im Stande sei.

Nun aber ist im vorliegenden Falle seit langer Zeit schon jede äußerliche Lebensgemeinschaft zwischen dem Curanden der Kläger und seiner Ehefrau völlig und andauernd aufgehoben. Denn bereits im Sommer 1852 hat Ersterer, und zwar gerade, weil er seine Ehefrau des Ehebruchs beschuldigte und auf Scheidung deßfalls wider sie klagbar werden wollte, nicht bloß die gemeinschaftliche Wohnung, sondern auch sogar den bisherigen Wohnort verlassen, und seitdem stets von seiner Frau dergestalt getrennt gelebt, daß jeder Theil seinen gesonderten Haushalt hatte. Dies ist einerseits gelegentlich der früheren, noch unerledigten Scheidungsklage von der Beklagten selbst angegeben; und ist überall kein Grund zu befinden, weßhalb dies von ihr, wenn auch nur zu eventueller Begründung einer Einrede damals gemachte Zugeständniß in dem gegenwärtigen ganz connexen Processe nicht auch zu Gunsten ihres Ehemannes und des von diesem anderweit gestellten Scheidungs-Antrages sollte geltend gemacht werden dürfen, indem lediglich in Betreff der eigentlichen causa divortii und des unmittelbaren Klaggrundes dem Geständnisse die volle Beweiskraft in Ehescheidungssachen zu versagen steht. Andererseits hat auch Beklagte im gegenwärtigen Processe im Allgemeinen und an sich überall nicht bestritten, daß schon zu jener Zeit und seitdem andauernd, das consortium conjugale zwischen ihr und ihrem Manne aufgehoben

worden und geblieben sei; sie behauptet auch nicht, daß eine zeitweilige Herstellung eines wahren ehelichen Zusammenlebens zwischen ihnen stattgefunden habe, sondern sie gibt nur vor, daß sie eine solche vorübergehende, durch besonderen Anlaß herbeigeführte Zusammenkunft, wie besuchsweise auch zwischen anderen Personen als Ehegatten vorkommt, seitdem einmal mit ihrem Manne gehabt habe, und will bei dieser Gelegenheit, ohne daß im Uebrigen ein eheliches Zusammenleben zwischen ihnen wieder eingetreten oder auch nur beabsichtigt gewesen wäre, in geschlechtlichen Verkehr mit ihrem Manne getreten sein. Endlich würde, selbst abgesehen von diesen Zugeständnissen, für hinreichend constatirt zu achten sein, daß schon seit 1852 und andauernd eine völlige Aufhebung jedes ehelichen Zusammenlebens eingetreten sei, indem aus den in den abjungirten Acten befindlichen Curatelrechnungen und Berichten erhellt, daß der klägerische Curand bereits im Sommer des Jahres 1852 und gleich nach seiner Entfernung aus der ehelichen Wohnung zu Bockenheim die gerichtliche Aufhebung der factisch bereits getrennten Ehe bei seinen früheren und jetzigen Curatoren betrieb, seit dem Herbst jenes Jahres auch in Hanau und anderen Orten von seiner Frau getrennt gelebt und seine separate Wohnung, Kost ꝛc. gehabt hat.

Das Nichtvorhandensein derjenigen Voraussetzung, auf welcher jene gesetzliche Präsumtion für Vaterschaft des Ehemannes beruht, liegt sonach völlig constatirt vor; und das weitere Factum, auf welches die gegenwärtige Klage sich stützt, und aus welchem, daß das von der Beklagten am 18. Juli 1853 zu Mainz geborene Kind nicht von deren Ehemanne herrühren könne, mit Naturnothwendigkeit folgen würde, daß nämlich damals seit Jahresfrist schon und fortdauernd die Eheleute von einander getrennt gelebt haben, hat Beklagte an sich und im Allgemeinen nicht zu bestreiten gewagt. Nur ein von dem ehelichen Zusammenleben unabhängiges und mit jener fortdauernden Trennung nicht unvereinbares selbstständiges Factum hat sie vorgebracht, durch welches, wenn erwiesen, die obige aus ihren Geständnissen sich ergebende Consequenz beseitigt oder doch wesentlich geschwächt würde und mittelst künstlichen Gegenbeweises zwar nicht die Unwahrheit des klägerischen Vor-

bringens, daß sie des Ehebruchs schuldig sei, constatirt wäre, wohl aber der von den Klägern aus dem unbestrittenen Factum der Niederkunft und der seit Sommer 1852 eingetretenen Auflösung des ehelichen Zusammenlebens anticipando hergeleitete Beweis des Klaggrundes entkräftet sein würde.

Die Führung nun dieses Gegenbeweises der Beklagten zu versagen, liegt kein Grund vor. Unwahrscheinlich muß zwar das ganze, nicht einmal übereinstimmend in exceptione und duplicis erfolgte Vorbringen sowohl an sich, als vollends dann erscheinen, wenn man sowohl dies erwägt, daß der Ehemann, freilich nur eigenmächtig und nicht auf Richterspruch, aber doch gerade wegen des seiner Frau schon damals schuldgegebenen Ehebruchs und Behufs einer deßfalls beabsichtigten gänzlichen Scheidung seine Frau verlassen hatte, als auch weiter in Betracht zieht, daß in dem Vorprocesse, in welchem die Exceptionsschrift der Beklagten nicht viel über 3, die Duplik sogar nur etwas über 1 Monat vor der jetzt in Frage stehenden Niederkunft zu den Acten gekommen ist, und in welchem die durch das jetzige Vorbringen, wenn erweisbar, sofort begründete Einrede der Verzeihung ausdrücklich vorgeschützt worden war, Beklagte auch nicht mit einem Worte des dermalen behaupteten Vorganges gedacht, vielmehr offensichtlich die ihr nothwendig damals schon bekannte Schwangerschaft unerwähnt gelassen und wie sie unter Berufung auf völlig frivole Motive sogar selbst zugesteht, absichtlich verheimlicht hat. Indessen, wie dem auch sei, so ist doch der um die Mitte Novembers 1852 angeblich dem Manne zu Hanau gemachte Besuch, und daß solcher zu ehelicher Beiwohnung Anlaß geworden sei, zu bestimmt behauptet, auch die hierin enthaltene Limitation des über längst erfolgte Aufhebung des ehelichen Zusammenlebens vorliegenden Geständnisses der Beklagten von letzterem zu wenig zu trennen, als daß dem klägerischen Hauptantrage hätte deferirt und unter Abschneidung jeglichen Gegenbeweises für die Beklagte sofort deren Ehebruch für liquid erkannt und die Trennung der Ehe schon jetzt ausgesprochen werden können.

46. Compensatio adulterii.

Die zweite Beschwerde — war für unbegründet zu erachten. Daß nämlich ein vom Ehemanne seit dessen Entfernung aus der ehelichen Wohnung und während des Ehescheidungsprocesses verschuldeter Ehebruch die Klage elidiren würde, kann Inhals der diese sogenannte compensatio adulterii betreffenden Gesetze überall nicht bezweifelt werden,

c. 1 C. 32 qu. 6. — c. 6. 7 X. de adult. (5, 16)

nach welchen darauf nichts ankommt, ob der wegen Ehebruchs des Anderen die Scheidung fordernde oder die Wiedervereinigung weigernde Ehegatte sich schon vorher oder erst späterhin gleicher Verletzung der ehelichen Treue schuldig gemacht habe. Um so weniger ist dies möglich, als einerseits die einstweilige Aufhebung des ehelichen Zusammenlebens vorliegend nicht einmal gerichtsseitig verfügt oder genehmigt ist, mithin die Verpflichtung des Mannes zu Wahrung der ehelichen Treue ungeschwächt fortbestand, andererseits selbst dann, wenn der ehebrecherische Verkehr der Beklagten schon vollständig erwiesen vorläge, bis zu erkannter Scheidung gleichwohl ihr Ehemann zu geschlechtlichem Umgange mit anderen Frauenzimmern nicht befugt gewesen wäre. Das Verlangen daher des Klägers, es müsse der der Beklagten im Stadtgerichts-Erkenntnisse nachgelassene Beweis jedenfalls der Zeit nach und zwar auf diejenige beschränkt werden, in welcher sie selbst des jetzt zur Sprache gebrachten neuen Ehebruchs schuldig geworden sei, erscheint ungerechtfertigt. Indem nun auch Beklagte mit Bestimmtheit ihrem Ehemanne vorgeworfen hat, er habe seit dem Sommer 1852 und bis auf die neueste Zeit fortdauernd ein ehebrecherisches Leben geführt, hierbei auch der Mangel an Specialien über die Personen und Orte, mit und an denen ein solcher Verkehr stattgefunden haben sollte, dadurch sich erklärt und entschuldigt, daß Beklagte anderswo, als ihr Mann sich aufhält und über dessen Verhalten genauere Erkundigungen einzuziehen so lange nicht veranlaßt war, als sie ihrerseits den Fortbestand des Ehebandes trotz der eingetretenen Auflösung des ehelichen Zusammenlebens wünscht, so kann die vom Stadtgerichte beliebte Beweisnachlassung für die Beklagte, soviel die seit jener Trennung verflossene

Zeit anbelangt, weder an sich, noch nach der Seite hin ungerechtfertigt erscheinen, daß derselbe in ganz genereller Weise ein Nachweis des dem Manne zur Last fallenden Ehebruchs freigelassen worden ist.

Wenn aber Kläger noch speciell und zwar vorzugsweise darüber sich beschwert, daß Beklagte auch in diesem Processe die exceptio compensationis auf den von ihrem Manne angeblich mit einer Schauspielerin H. und mit einer Conditor=Mamsell Bettchen E. getriebenen ehebrecherischen Verkehr gestützt habe, welcher bereits in dem Vorprocesse Gegenstand exceptivischen Vorbringens gewesen und zum Beweise verstellt sei, und daß die jetzige ganz generelle, auch der Zeit nach unbeschränkte Beweisnachlassung der Beklagten eine Recurrenz auf einen bereits pendenten Streitpunkt möglich machen würde und gestatten solle, so kann auch hierin eine Beschwerung des Klägers nicht gefunden werden. Denn einestheils fallen die gedachten, dem Manne schuldgegebenen Verletzungen der ehelichen Treue — — zwar nur in die Zeit vor dem, jetzt der Beklagten auf Grund ihrer im Juli 1853 erfolgten Niederkunft schuldgegebenen, in den Spätherbst des Jahres 1852 zu setzenden Ehebruche, nicht auch vor dem, in jenem Vorprocesse den Grund der Klage bildenden aus dem Jahre 1850 und dem Winter 1851/2 datirenden Umgange der Beklagten mit den Schauspielern E. und P., zugleich aber doch in die Zeit vor beiden noch obschwebenden Processen, von denen der jetzige erst am 23. August, der frühere unterm 12. März 1853 seinen Anfang nahm. Anderntheils ist für den Vorproceß zwar die rechtliche Erheblichkeit jener zum Beweise der exceptio compensationis vorgebrachten und mitverstellten Vorgänge anerkannt; allein ihre Wahrheit oder Unwahrheit steht, indem die Antretung des damals den Partheien auferlegten, resp. nachgelassenen Klag- und Einredenbeweises überall noch nicht erfolgt oder auch nur eingeleitet ist, zur Zeit noch ebenso dahin, als die Wirkung, welche deren Erweislichkeit oder Unerweislichkeit auf den aus den früheren Ehebrüchen der Beklagten gestützten Scheidungsantrag des Klägers äußern müßte oder könnte. Indem nun eine dem wegen Ehebruchs klagenden Theil vorgeworfene gleiche Verletzung der ehelichen Treue an und für sich sowohl rückwärts

als vorwärts jene compensirende und elidirende Wirkung zu üben geeignet ist, und diese erst dann verliert, wenn durch Definitivspruch der Gerichte entweder der Ungrund des betreffenden Vorwurfs festgestellt oder aber daraufhin der Scheidungsantrag des klagenden Theils zurückgewiesen und so gewisser Maßen das eheliche Verhältniß in einer Weise redintegrirt ist, daß fortan nur noch das fernerweite beider- und gegenseitige Verhalten der Ehegatten factisch, wie rechtlich in Betracht kommen kann, so ist, vollends gegenüber dem in den Entscheidungsgründen der sententia a qua beliebten Vorbehalte (vergl. unten) überall nicht abzusehen, wie es nach der hier gegebenen Sachlage beider Processe dem von den Klägern vertretenen Ehemanne irgend zur Beschwerung gereichen könnte, daß der Beklagten auch für ihre jetzige Beweisführung implicite freigelassen worden ist, auf jene anderweitig schon relevirten, aber noch völlig illiquiden Vorgänge und Vorwürfe mit zurückzukommen.

Das Appellationsgericht erkannte:

Unbegründet ist die zweite Beschwerde. Es kann zwar, wie schon anderwärts (Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 194) richtig bemerkt worden ist, die gesetzliche Vorschrift, nach welcher dem von beiden Ehegatten verübten Ehebruche die rechtliche Wirkung einer Compensation beigelegt wird, nicht dahin aufgefaßt werden, „daß ein von Seiten eines Ehegatten, einmal verübter Ehebruch für den anderen Ehegenossen gleichsam ein Freibrief sei, welcher den Letzteren für alle Zeiten, so lange die Ehe besteht, berechtige, die eheliche Treue zu verletzen," auch hat die Beklagte in einem anderen, dem gegenwärtigen Processe vorausgehenden und noch unerledigten, auf gleichem Klaggrunde beruhenden Rechtsstreite in gleicher Weise die Einrede der Compensation vorgeschützt, allein es liegt nicht vor, daß der behauptete Ehebruch des Klägers in dem vorausgegangenen Processe wirklich bereits in computum gebracht worden ist und konnte daher von dem Stadtgerichte nur, wie geschehen, erkannt werden. Sollten übrigens beide Rechtsstreite, wie bisher, neben einander fortgehen und in dem zuerst begonnenen Processe Thatsachen bewiesen werden, welchen ein Einfluß auf die Aburtheilung des gegenwärtigen Rechtsstreits beigelegt werden könnte, so würde es

keinem Bedenken unterliegen, diesen Einfluß auch wirklich zur Geltung zu bringen.

47. Alimentationsbeitrag und Proceßkostenvorlage während des Ehescheidungsprocesses.

Die Grundlosigkeit der in Betreff der beklagtischen Alimentenansprüche — erhobenen Beschwerde — bedarf kaum näherer Ausführung. Denn indem Beklagte bis zu erfolgter gerichtlicher Scheidung und bis die Illegitimität ihrer angeblich nicht von dem Ehemanne erzeugten Kinder rechtskräftig ausgesprochen ist, auf einen ihren Bedürfnissen, sowie dem Stande und Vermögen ihres Mannes entsprechenden Unterhalt sowohl für sich selbst, als für jene Kinder einen wohlbegründeten Rechtsanspruch hat, könnte bei der durch das geringe Alter der letzteren gegebenen Nothwendigkeit, eine Magd zu halten, ein wöchentlicher Alimentationsbeitrag von fl. 10 selbst dann nicht für zu hoch gehalten werden, wenn dessen Beschaffung für den Mann, resp. dessen Curatoren mit pecuniären Schwierigkeiten und anderweiten Opfern verbunden wäre, was indessen — — hier nicht der Fall ist. Ebenso ist es klar, daß, sobald dieser Beitrag von fl. 10 als angemessen und der Beklagten gebührend anzuerkennen ist, auch der seit dem 29. August 1853 von den Curatoren des Klägers eigenmächtig innebehaltene Betrag von fl. 3 nachgezahlt werden muß und nichts weiter darauf ankommen kann, ob Beklagte wirklich, ohne sich und die Ihrigen Entbehrungen zu unterwerfen oder etwa Schulden contrahiren zu müssen, ihren Hausstand mit dem verminderten Alimentenbeitrag von nur fl. 7 wöchentlich bisher zu erhalten vermocht hat. Endlich steht auch, daß sie fortan die Kosten des gegenwärtigen Processes aus ihren Alimenten bestreite und daß die bisher unweigerlich von den Curatoren des Klägers beschaffte Vorlage der Proceßkosten von nun an cessire, der Beklagten um so weniger anzusinnen, als die gegenwärtige, wie die frühere Klage zwar durch den angeblich von ihr verschuldeten Ehebruch veranlaßt, aber doch nicht von ihr erhoben ist, und kann ihr endlich auch dies in keiner Weise präjudiciren, wie Kläger vermeint, daß in dem Scheidungsprocesse ihres Mannes mit dessen früheren Frau die letztere aus ihren noch etwas geringeren

Alimenten auch die Proceßkosten zu bestreiten hatte, indem abgesehen von allem Anderen, dieselbe kinderlos war, und so für sie ein Alimentenquantum von fl. 800 allerdings groß genug erscheinen durfte, um den Ehemann von der, damals ohnedies von Anfang an bestrittenen Verpflichtung zur Proceßkosten-Vorlage zu befreien.

48. Grundsätze über Kostenerstattung.

Bei der bloß theilweise eintretenden reformatoria konnte auch nur eine partielle Compensation der Kosten jetziger Instanz stattfinden; doch schien die von dem Kläger erstrittene Befreiung von dem ihm auferlegten Beweise des beklagtischen Ehebruchs wichtig genug, um trotzdem, daß die Appellation allein für den eventuellen Theil einer Beschwerde als begründet anzuerkennen war, die Hälfte aller Kosten, wie geschehen, zu vergleichen.

XVIII.

L. D. aus Frendeleburg, Klägerin u. Widerbeklagte

contra

F. C. M. W. dahier, Beklagten und Widerkläger.

In der vorliegenden Schwängerungssache hatte die Klägerin die Nothfrist der gegen ein Urtheil des Appellationsgerichts vom 24. Januar d. J. ausgeführten Oberappellation desert werden lassen und deßhalb um Restitution gebeten. Da die Klägerin durch ihre Oberappellation nicht nur ihre eigene Ansprüche, sondern auch die ihres unehelichen Kindes gegen den Schwängerer verfolgen wollte, so wurde ihr unter Verurtheilung in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 30. Juni 1855 Restitution ertheilt, soweit die Beschwerdeführung Ansprüche des Kindes betrifft, in Bezug auf die eigenen Beschwerden der Klägerin aber als unbegründet abgeschlagen.

49. Restitution wegen Fristversäumniß aus eigener Verschuldung der Parthei, nachgesucht von einer Frauensperson. Concurrenz von Minderjährigen.

Verfolgte die Klägerin in dem gegenwärtigen Processe und durch die Appellation, gegen deren Desertion sie gegenwärtig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsucht, nur einen ihr selbst persönlich gegen den Beklagten zustehenden Anspruch, so hätte diese Rechtswohlthat in diesem Falle gänzlich versagt werden müssen, indem es dazu nicht nur an dem Haupterforderniß einer **justa causa** gänzlich fehlt, sondern aus dem Anführen ihres Anwaltes auch die eigene Fahrlässigkeit der Klägerin als Ursache der eingetretenen Fristversäumniß sich klar herausstellt. Eine Schuld des Anwalts als Grund der Restitution ist nämlich von diesem überall nicht geltend gemacht und darf schon deßhalb nicht in Betracht gezogen werden; auch liegt eine solche nach dem, was er angibt, nicht vor. — — — — Es kommt mithin lediglich darauf an, ob die Klägerin selbst durch Umstände, welche einen Anspruch auf Restitution geben, abgehalten worden ist, ihren Anwalt zeitig genug mit der Verfolgung der Appellation zu beauftragen. Denn in ihrer Person als einem Frauenzimmer liegt ein solcher Grund nicht, da Frauen ein allgemeiner Anspruch auf Restitution gleich den Minderjährigen nicht zusteht und überdies ihr Anwalt ihr seiner Versicherung nach in diesem Falle den Zeitraum, innerhalb dessen die Einführung der Appellation erfolgen müsse, bestimmt angegeben hatte. Nun ist aber nach der Darstellung ihres Anwaltes die Klägerin keineswegs durch unüberwindliche Hindernisse abgehalten worden, zeitig ihm ihren Entschluß kund zu thun, sondern nur, weil sie, wie sie ihm selbst erklärt, theils die Zeit gar nicht so in Acht genommen, theils wegen der in ihrem Aufenthaltsorte Rödelheim ausgebrochenen Menschenblattern nicht gewagt hat, nach Frankfurt zu kommen. Die Klägerin hat hiernach selbst ihre Fahrlässigkeit in Beziehung auf die einzuhaltende Frist eingestanden. Und man kann auch keineswegs sagen, daß es eine **culpa sine effectu** gewesen sei, weil nämlich mit derselben die Rücksicht auf die in Rödelheim ausgebrochenen Blattern concurrirt habe; denn sowie aus dem Atteste der dortigen Bürgermeisterei gar nicht hervor-

geht, daß die Epidemie bis zum 25. März gedauert habe, so bleibt es völlig ungewiß, wie lange die vorgebliche Besorgniß der Klägerin sie abgehalten hat, nach Frankfurt zu gehen, und ob sie bei gehöriger Beachtung der einzuhaltenden Nothfrist es nicht lange vor dem 25. März gethan haben würde. Ferner hat sie gar nicht zu behaupten gewagt, wie es auch an sich sehr unwahrscheinlich ist, daß eine Absperrung Frankfurts von Rödelheim während des kritischen Zeitraums stattgefunden habe, ihre vorgebliche Besorgniß also eine gegründete gewesen sei, und endlich ist diese auch deßhalb nicht zu beachten, weil die Klägerin gar nicht nöthig hatte, persönlich nach Frankfurt zu gehen, sondern ihren Auftrag, die Appellation zu verfolgen, ihrem dortigen Anwalte selbst oder durch einen Andern schriftlich ertheilen konnte.

Nun vertritt aber die Klägerin in diesem Processe außer ihren eigenen Ansprüchen auch den Anspruch ihres unehelichen Kindes auf Alimente. Dies ist nämlich ein, weil auf der **naturalis cognatio** beruhend, dem Kinde selbst direct gegen den unehelichen Vater zustehender Anspruch

> Bender Handbuch des Fr. Civilpr. § 76 nte. 11 und die daselbst angeführten Präjudicate des O. A. G.

und zwar nicht bloß dann, wenn er auf die gesetzliche Alimentationspflicht desselben, sondern auch wenn er, wie im gegenwärtigen Falle, auf einen von dem Schwängerer mit der Mutter geschlossenen Vertrag gegründet wird, da anzunehmen ist, daß bei einem solchen die Mutter lediglich als Vertreterin des Kindes gehandelt habe. Eigentlich müßten dem unehelichen Kinde zur Verfolgung dieses Anspruches besondere Vormünder bestellt werden, und wenn nach der Frankfurter Praxis dies unterbleibt und die uneheliche Mutter als dazu legitimirt betrachtet wird, so darf das Kind darunter nicht leiden, sondern ihm unbedenklich gegen Versäumnisse der Mutter wegen **minor aetas** Restitution gewährt werden.

Auf diesen Anspruch des Kindes bezieht sich von den gegen das vorige Erkenntniß aufgestellten Beschwerden aber nur die zweite ꝛc. Nur zum Behufe der Verfolgung dieser Beschwerden war daher der Klägerin die nachgesuchte Restitution zu ertheilen, hinsichtlich aller übrigen aber abzuschlagen. Denn die einem Min=

derjährigen zu ertheilende Restitution kommt den mitlitigirenden Großjährigen ausnahmsweise nur dann zu Gute, wenn entweder ein untheilbarer Gegenstand vorliegt, oder Jenen allein gar nicht oder doch vollständig nur dann geholfen werden kann, wenn die Restitution auch auf die Großjährigen mit erstreckt wird, und wo mithin nur die Wahl bleibt, entweder diesen mitzuhelfen, oder aber den Minderjährigen ohne Hülfe zu lassen.

Glück Pandecten Th. V. p. 573
Burchardi Wiedereinsetzung p. 585
Erk. des O. A. G. in S. Hoffmann Erben 1833
Sammlung der Entscheidungsgründe des O. A. G.s in Bremischen Sachen I. p. 25 u. f.

Ein solches Verhältniß liegt hier aber gar nicht vor, indem vielmehr die übrigen Beschwerden — — — völlig trennbare Punkte betreffen, mithin hier die Regel eintritt, nach welcher die dem Minderjährigen zu gewährende Restitution dem Großjährigen nicht zu Statten kommen soll.

L. un. C. si in comm. causa (2, 26)
L. 2 i. f. C. si unus ex pluribus (7, 68)

XIX.

Christian Franz Eberhardt dahier, sowie die Kinder und Erben von Gottlieb Friedrich Winter dahier, Kläger

contra

Margaretha Elisabetha Klein aus Straßburg, Beklagte.

Die wegen einer Forderung aus einem Vergleiche belangte Beklagte behauptete, daß der Vergleich nicht so, wie er schriftlich verfaßt, abgeschlossen worden sei, daß sie sich vielmehr je nach Eingang von Ausständen andere Zahlungsfristen bei Unterschrift der Vergleichsurkunde vorbehalten habe.

Das Stadtgericht verwarf am 24. Januar 1855 diese Einrede, da die Kläger diesen Vorbehalt nicht genehmigt hätten, und verurtheilte die Beklagte zur Zahlung des eingeklagten Betrages und der Proceßkosten. Auf Appellation der Beklagten wurde dies Urtheil bestätigt vom

Appellationsgericht am 21. März 1855,
Oberappellationsgericht am 9. Juli 1855.

Das letztere Gericht verurtheilte den Anwalt der Beklagten wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels zu einer Ordnungsstrafe.

50. Mißbrauch des Rechtsmittels wird bei Frauenspersonen nicht gestraft.

Die Verurtheilung der Beklagten in sämmtliche Kosten des Rechtsstreites ist eine Folge des Ungrundes ihrer Beschwerden. Zugleich aber war der substituirte Anwalt der Beklagten — — — in eine Strafe zu nehmen, von einer solchen aber wider die Parthei selbst, eine Frau, welche der Rechtserfahrenheit ihres Anwaltes vertrauen durfte, abzusehen.

XX.

Louis Kappe aus Bockenheim, Kläger
contra
Jean Noë du Fay dahier, Beklagten.

Es handelt sich um eine Beweisführung des Klägers: das Stadtgericht erkannte am 10. Januar 1855 zwar den einen Beweissatz für erbracht, in Betreff der anderen copulativen Beweissätze auf den Schiedseid des Beklagten. Auf Appellation des Klägers wurde unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze bestätigend erkannt vom

Appellationsgericht am 26. März 1855,
Oberappellationsgericht am 13. Juli 1855.

XXI.

Pincus Worms dahier, Civiladhärenten
contra
die Handlung L. A. Hahn dahier, Civiladhäsin.

Dem Pincus Worms wurde am 15. December 1851 mittelst gewaltsamen Einbruches in seine Wohnung eine Anzahl Werthpapiere au porteur, hauptsächlich in hiesigen Stadtobligationen und Schuldverschreibungen der hiesigen israelitischen Gemeinde gestohlen. Das Verzeichniß derselben wurde alsbald gedruckt, an alle umliegenden Orte versendet, in öffentliche Blätter eingerückt, auch den hiesigen Wechslern speciell zugestellt. Die Untersuchung schwebte lange Zeit im Dunkeln, bis ein Theil jener Werthpapiere in London zum Vorschein kam und Veranlassung gab, daß die Thäter verfolgt werden konnten. Diese hatten nämlich jene Obligationen an die Wechselhandlung Baum Sohn u. Comp. in London verkauft, resp. zum Kaufe angeboten. Baum Sohn sandte eine Obligation an L. A. Hahn (welche Handlungen schon mehrfach in Geschäftsbeziehungen zu einander gestanden hatten), fragte an, ob dieselbe ächt sei und bat, ihnen diese separat zu berechnen, indem sie bemerkten, daß sie vielleicht noch einige Stück nachschicken könnten. Ehe noch die Rückantwort von L. A. Hahn vom 1. April 1852 in London eingetroffen sein konnte, erschien der Sohn (Adolf Baum) eines der Theilnehmer der Handlung Baum Sohn in London bei L. A. Hahn und offerirte derselben den größten Theil der oben als gestohlen bezeichneten Werthpapiere. Im Vertrauen auf die Solidität von Baum Sohn kaufte einer der Geschäftsführer der Handlung L. A. Hahn dieselben zum Tagescours und bezahlte sie baar, worauf Baum den folgenden Tag nach London zurückkehrte. Nachdem nunmehr L. A. Hahn einige dieser Obligationen zum Theile an Wechselhäuser weiter

verkauft hatte, präsentirte sie am 7. April 1852 einige Coupons derselben zur Eincassirung, und hierbei stellte es sich heraus, daß sie zu den, dem Pincus Worms gestohlenen Werthpapieren gehörten.

Die Theilhaber der Handlung L. A. Hahn, die alsbald erklärten, daß sie das mit Baum Sohn abgeschlossene Kaufgeschäft nicht anders ansähen, als von dem Handlungshaus abgeschlossen, lösten die bereits verkauften Werthpapiere alsbald ein und deponirten das von Baum Sohn erhaltene Kaufobject bei dem Criminalgerichte. Ebenso deponirte die alsbald benachrichtigte Handlung Baum Sohn in London, nachdem sie daselbst einen Rechtsstreit mit den Thätern des Pincus Worms'schen Diebstahls geführt hatte und von einer Zahlung an dieselben liberirt worden war, die von L. A. Hahn erhaltene Kaufsumme bei den Frankfurter Gerichten.

L. A. Hahn rechtfertigte ihr Verhalten in der anhängig gemachten Untersuchung, daß sie wissentlich gestohlene Effecten gekauft hätte, und wurde vollkommen freigesprochen. Pincus Worms war aber mit einer Civiladhäsion aufgetreten und verlangte den Ersatz aller Werthgegenstände, die bei ihm gestohlen waren, weil L. A. Hahn durch die unterlassene Anzeige der ihr angebotenen ausgeschriebenen Obligationen ihn der Möglichkeit beraubt hätte, die wahrscheinlich mit Adolf Baum hergereisten Diebe zur Haft zu bringen und dadurch zu dem Seinigen zu kommen; — eventuell verlangte er die Herausgabe der deponirten Werthpapiere, während L. A. Hahn ihm nur den gleichfalls verwahrlich niedergelegten Kaufpreis zukommen lassen wollte.

Das Appellationsgericht sprach am 16. Januar 1854 dem Adhärenten die deponirten Werthpapiere zu, wies ihn mit allen weiteren Ansprüchen an die Adhäsin ab, während der Adhäsin die von London eingeschickten Gelder zuerkannt, auch der Regreß an die Handlung Baum Sohn in London vorbehalten wurde. Die Adhäsin wurde in die Kosten der Adhäsion verurtheilt.

Auf Appellation beider Partheien und auf die von der Adhäsin beantragte Actenversendung bestätigte das beim Oberappellationsgerichte am 6. September 1855 eröffnete Urtheil des Spruchcollegiums zu Göttingen das erstinstanzliche Erkenntniß

und verurtheilte jeden Theil in die durch seine Beschwerdeführung entstandenen Kosten.

51. In welchem Verhältnisse steht die Civiladhäsion zu dem Criminalproceß?
(Vergl. unten Nr. 53.)

Der Adhärent erachtet sich dadurch als beschwert, daß die Wechselhandlung L. A. Hahn in ihrer Eigenschaft als Civil-Adhäsin nur schuldig erkannt wurde, ihm die von Baum Sohn aus London erkauften Frankfurter Stadtobligationen ꝛc., Alles sammt Zinscoupons und Talons, herauszugeben und die Kosten der Civiladhäsion zu bezahlen, dagegen Adhärent mit seinen weiteren Ansprüchen gegen die Handlung L. A. Hahn abgewiesen wurde. Es hätte nach Adhärentens Ansicht die L. A. Hahn'sche Handlung auch zum Wertherſatz der ihm weiters gestohlenen Werthpapiere, baaren Gelder und sonstiger Werthgegenstände, insoweit diese nicht anderweit zurückerstattet werden, und zum Ersatz der omnis causa, d. h. des damnum emergens und lucrum cessans, welches Folge des ihn betroffen habenden Einbruchs sei, sowie zur Erstattung der ihm bereits erwachsenen und noch erwachsenden Proceßkosten verurtheilt werden müssen.

Zur Begründung dieser auf Erstattung des vollen Interesse gerichteten Anträge sucht Adhärent auszuführen, daß die den Adhäsen hierzu verpflichtende Beihülfe in Beziehung auf den fraglichen Diebstahl als bewiesen anzunehmen, resp. durch weitere der Sachlage nach zulässige ergänzende Beweishandlungen beweislich zu machen sei: — eine Begründungsweise, gegen welche die Adhäsin die processualische Unzulässigkeit sowohl ergänzender Beweisaufnahmen, als wiederholter Prüfung des Beweisresultats nach definitiv erfolgter Freisprechung des Angeschuldigten geltend macht.

Dieser Einwand der Adhäsin ist insoweit vollständig begründet, als derselbe die rechtliche Unmöglichkeit fernerer Beweishandlungen, welche die Untersuchung im Interesse der Adhäsionsanträge vervollständigen sollen, behauptet. Denn nicht allein ist in der Untersuchung soweit, als überhaupt processualisch zulässig ist, der Beweis auch mit Rücksicht auf die accessorische

Civilsache aufgenommen, dem Adhärenten zur Stellung behufiger Anträge Anlaß gegeben, über die gestellten richterlich entschieden und schließlich auf die Mittheilung der Adhäsionsbeantwortungsschrift von den Adhärenten um nichts Weiteres, als die Abgabe eines Erkenntnisses gebeten worden, sondern es liegt auch in der accessorischen Natur der adhaerendo betriebenen Civilverfolgung, daß sie zwar so lange, als die Criminalsache noch im Untersuchungsstadium sich befindet, Beweisanträge und Handlungen auch im Interesse der Civilpartheien zuläßt, daß aber nach geschlossener Instruction der Criminalsache keine Rückkehr in das Untersuchungsstadium um des Civilpunktes willen möglich sein kann. Wo das letztere geschähe, wäre die Civilsache als die principale behandelt, also das juristische Werthverhältniß der beiden Sachen geradezu umgekehrt.

L. 33 in f. C. ad L. Jul. de adult. (9, 9)

Ist nun gar, wie in vorliegendem Falle, die Criminalsache durch eine rechtskräftige und schon durch die Publication des Urtheils vollzogene

Martin Criminalproceß § 156

absolutoria beendet, so würde durch ein Zurückkommen auf die Untersuchung, um den Criminalbeweis im Interesse der Adhäsionsanträge zu vervollständigen, zugleich der Rechtssatz verletzt werden, daß ohne einen, im vorliegenden Falle völlig mangelnden, Grund der Wiederaufnahme der Untersuchung jede weitere criminalgerichtliche Instruction der Sache ausgeschlossen bleiben muß. Fernere Beweishandlungen würden daher dem Adhärenten nur dann sich eröffnen können, wenn er die im Anschlusse an das Criminalverfahren betriebene Verfolgung seiner Entschädigungsansprüche jetzt noch fallen lassen und eine neue Verhandlung derselben im Wege des ordentlichen Civilprocesses beginnen könnte. Allein auch diese Möglichkeit steht ihm jetzt nicht mehr offen, nachdem er seinen Civilanspruch, soweit im Adhäsionsprocesse überhaupt möglich, vollständig und soweit verhandelt hat, daß die Spruchreife desselben weder von ihm beanstandet worden ist, noch auch überhaupt beanstandet werden konnte.

Kleinschrod Abhandl. aus dem peinl. Rechte Bd. III. Abth. 2 p. 504

Heffter Lehrbuch des gem. Strafr. § 709 nte. 2 (5. Auflage.)

Dagegen stand es dem Adhärenten allerdings frei, ungeachtet der rechtskräftigen Absolution, welche der Adhäse als Angeschuldigter davon getragen hat, die richterliche Feststellung des Beweisresultats in Bezug auf den Civilpunkt einer erneuten Prüfung zu unterwerfen, um nachzuweisen, daß der in den Acten liegende Beweis zur Annahme der obligatorischen Handlung ausreiche, auf deren Behauptung die gegen den Adhäsen als Civilbeklagten erhobenen Ansprüche beruhen. Denn einmal ist durch das freisprechende Criminal-Urtheil nur das Nichtdasein des in der Anschuldigung behaupteten criminalrechtlichen Thatbestandes rechtskräftig festgestellt, also durch dasselbe das Dasein des die Entschädigungsklage begründenden civilrechtlichen Thatbestandes gar nicht berührt, also auch nicht erledigt. Und sodann ist die Civilsache zwar in dem processualischen Sinne accessorisch, daß ihre simultane Behandlung nur in den Schranken zulässig ist, welche durch das Gebot einer processualisch ungeschmälerten Verhandlung des Criminalpunktes gezogen werden: aber keineswegs in dem materiell rechtlichen Sinne, daß sie mit dem gerichtlich anerkannten Dasein oder Nichtdasein des Verbrechens stände oder fiele. Vielmehr besteht in, wie außer dem Adhäsionsprocesse, ungeachtet der Identität in den factischen Grundlagen der accusatio und der actio, die Möglichkeit der Verurtheilung auf die eine und der Freisprechung auf die andere sehr wohl zusammen.

L. un. C. quando civilis act. (9, 31)

52. Causalzusammenhang zwischen der zur Leistung eines Interesses verpflichtenden Thatsache und dem erlittenen Schaden.

Die Entscheidungsgründe gehen nach der in der vorigen Nummer mitgetheilten Einleitung zu der Prüfung der Appellationsbeschwerde selbst über und stellen in Betreff der Leistung eines Interesse nach

F. Mommsen Beiträge zum Obligationenr. Bd. 2. p. 59

folgende Fragen zur Beantwortung auf:

1. Existirt jene Vermögensdifferenz (Schaden), deren Ausgleichung der Adhärent von der Adhäsin verlangt?

2. Ist eine zur Leistung des Interesses verpflichtende Thatsache vorhanden?

3. Besteht zwischen dieser Thatsache und jenem Schaden ein Causalzusammenhang?

Die Entscheidungsgründe führen nun aus:

ad 1. es genüge hier schon, daß durch Constatirung des objectiven Thatbestandes es feststehe, daß Adhärent einen größeren Schaden erlitten habe, als durch die Restitution der durch die Hahn'sche Handlung von Baum Sohn erkauften Obligationen gutgemacht werde; —

ad 2. es könne von einer, dem einen oder anderen Mitgliede der Hahn'schen Wechselhandlung zur Last fallenden Beihülfe, im Sinne einer criminalrechtlichen Schuldart, wie sie der Adhärent behaupte, in Folge der rechtskräftigen absolutoria keine Rede sein; es frage sich deßhalb hier nur um das Dasein einer obligatorischen Handlung, welche die Verpflichtung der Adhäsin, dem Beschädigten das Interesse zu leisten, zu begründen vermöge. Wolle man für diese Handlung das Wort „Beihülfe" gebrauchen, so dürfe man dabei gar nicht an den criminalrechtlichen Sinn dieses Wortes denken, sondern es sei vielmehr nur zulässig als eine nicht technische Bezeichnung der concreten Form, in welcher die civilrechtliche, zur Leistung des Interesses verpflichten sollende Thatsache sich hier darstelle.

Diese Thatsache selbst wird aber in eine Handlung von L. A. Hahn gesetzt (vergl. unten Nr. 54), die den Vorschriften der Rathsverordnung vom 19. September 1760 widerstreitet. Hier wird nämlich verfügt, daß alle hiesigen Bürger und Schutzangehörige, namentlich die Gold- und Silberarbeiter, vermahnet werden, daß sie sich, wenn ihnen Sachen und Effecten, auch Pretiosen zum Versatz oder Kauf angeboten werden, wohl fürsehen und auf das sorgfältigste dafür hüten, daß sie nicht auf solche Dinge leihen oder selbige käuflich an sich bringen, von denen man entweder aus denen darauf, bevorab auf verarbeitetem Gold und Silber, befindlichen Wappen, Namen oder Buchstaben, oder aus der Person des Ueberbringers, oder aus dem geringen Preis, wofür sie offerirt werden, oder aus sonsten dabei vorkommenden verdächtigen Umständen, daß sie geraubtes oder gestohlenes Gut sein möchten, vernünftiger Weise leichtlich

urtheilen kann, sondern daß sie in dergleichen Fällen, wo gegründeter Verdacht vorhanden ist und der Ueberbringer, wie er auf eine erlaubte Art zu solchen Sachen gekommen, sich nicht glaubwürdig legitimiren kann, die ihnen angebotenen Sachen, so weit es möglich ist, anhalten und von dem Vorgange alsogleich — Anzeige thun, oder aber, in dessen ohnverhoffender Entstehung, benebst dem ihnen daraus erwachsenden Schaden, Verantwortung, Kosten und ohnentgeltlicher Herausgebung derer Sachen, zugleich auch nach Befund scharfer obrigkeitlicher Ahndung sich gewärtigen.

Hierauf fahren die Entscheidungsgründe ad 3. weiter fort:

Es mußte in jedem Falle der Nachweis geliefert werden, daß zwischen jener verpflichtenden Thatsache und dem erlittenen Schaden ein Causalzusammenhang bestehe, kraft dessen der letztere als die wirkliche Folge der ersteren sich darstellt. An dieser dritten Bedingung der Statthaftigkeit des erhobenen Anspruches fehlt es aber gänzlich, wie schon in der Adhäsionsbeantwortung richtig hervorgehoben ist. Kraft dieser Bedingung ist der Anspruch des Adhärenten, daß die Adhäsen ihm den ganzen Schaden, welchen er durch den in seiner Wohnung verübten Diebstahl erlitten hat, ersetzen sollen, dadurch bedingt, daß dieser Schaden als Wirkung auf diejenige Verschuldung als Ursache oder Mitursache zurückgeführt werden kann, welche den Adhäsen beim Ankauf der durch Baum Sohn offerirten Werthpapiere zur Last fällt. Allein jener Schaden steht zu dieser Verschuldung in einer weder unmittelbaren, noch mittelbaren Causalbeziehung. Wenngleich das richterliche Ermessen, besonders bei einem durch dolus oder lata culpa zugefügten Schaden, den Umfang desselben thunlichst zum Nachtheil des Verpflichteten zu bestimmen und auch das mittelbare (entfernte) Interesse des Beschädigten, soweit nur noch Causalnexus vorhanden ist, in den Bereich der Leistung zu ziehen hat, so darf der Causalnexus doch nicht überhaupt fehlen, oder — was gleich viel ist — zu den bloßen Denkbarkeiten und Möglichkeiten gehören.

L. 1 C. de sentent. quae pro eo q. inter. (7, 47) „ut hoc, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur.“

Im gegenwärtigen Falle nun, wo von einer Theilnahme der Adhäsen an dem Diebstahle selbst und von einer hierin begründeten Mitursächlichkeit an dem dem Adhärenten zugefügten Schaden

gar nicht die Rede sein kann, würde dieser Schaden mit der die Adhäsen (bei Ankauf der Obligationen) treffenden Verschuldung nur dann causal zusammenhängen, wenn man sagen könnte, daß, falls die Adhäsen die offerirten Creditpapiere angehalten und der Obrigkeit die nach der Rathsverordnung vom 19. September 1760 schuldige Anzeige gemacht hätten, die Diebe selbst entdeckt, ergriffen und die gestohlenen Sachen herbeigebracht sein würden. Allein dies Alles fällt unter die Möglichkeiten, für deren Wirklichkeit sich in den Acten durchaus keine ausreichenden Anhaltspunkte finden. Auch wenn sich, — was allerdings wahrscheinlich ist, — von den zahlreicheren Theilnehmern an dem fraglichen Diebstahle einer oder einige derselben in den ersten Tagen des April 1852, also zu der Zeit, wo Baum Sohn das Geschäft mit den Adhäsen machte, in der Nähe von Frankfurt aufgehalten haben sollten, so liegen doch zwischen dieser Gegenwart eines Diebes und der Herbeibringung der Gesammtheit der gestohlenen Gegenstände auf dem Wege der Anzeige der Kaufsofferte so viele unbewiesene Mittelglieder, daß die Verknüpfung des Schadens des Adhärenten mit der Unaufmerksamkeit der Adhäsen in den Bereich der willkührlichen Conjecturen verwiesen werden muß.

53. Accessorische Natur der Civiladhäsion.
(Vergl. Bd. I. Nr. 78.)

Was in Betreff der Beschwerdeführung der Adhäsen die erste und dritte Beschwerde (daß der streitige Civilpunkt zur Verhandlung und Entscheidung an das Civilgericht zu verweisen, eventuell Adhärenten die angemessene Beweisauflage unter Vorbehalt des Gegenbeweises zu machen sei) anlangt, welche processualischer Natur sind, so erscheinen sie deßhalb als unbegründet, weil einerseits nach Gemeinem, durch die Frankfurtische Gesetzgebung bisher noch nicht geändertem Processe der durch ein Verbrechen Verletzte seine privatrechtlichen Ansprüche durch Anschluß an das Criminalverfahren zu verfolgen berechtigt und daher das Gericht verpflichtet ist, ihm die entsprechende Rechtshülfe durch Verhandlung und Urtheil zu gewähren, und weil andererseits Beweisauflagen an den Adhärenten, wenn über den Criminalpunkt definitiv

erkannt worden, auch wenn sie processualisch zulässig sein sollten, jedenfalls durch eine hier nicht vorhandene Lücke in der Erörterung des Civilpunktes bedingt sind. — Was die Adhäsin über die Nothwendigkeit, die adhaerendo geltend gemachten Ansprüche auf den Weg des Civilprocesses zu verweisen, in ihrer Vertheidigungsschrift ausführt, kommt auf die schon in Nr. 51 berührte falsche Auffassung der accessorischen Natur des Civilpunktes hinaus. Er ist accessorisch nur insofern, als seine simultane Verhandlung mit der Criminalsache sich den processualischen Forderungen der letzteren fügen und unterordnen muß. Hierdurch kann es allerdings bewirkt werden, daß der zur Entscheidung noch nicht reife Civilpunkt, der als accessorischer die Criminalsache nicht aufhalten darf, auf den Civilweg verwiesen werden muß. Ist er jedoch zugleich mit der Criminalsache entscheidungsreif geworden, so muß auch über ihn eine definitive Entscheidung abgegeben werden, welche ebenso gut gegen den Freigesprochenen, als für den verurtheilten Angeschuldigten ausfallen kann. Und wie sie auch ausgefallen sein möge, unterliegt sie einer selbstständigen Anfechtung durch die civilprocessualischen Rechtsmittel deßhalb, weil dadurch der Criminalsache, welche entschieden ist und bleibt, keinerlei Verzögerung oder Nachtheil bereitet wird. Die Behauptung der Adhäsin, daß mit der criminalgerichtlichen Freisprechung des Angeschuldigten immer auch die Civilverfolgung endige, für welche nur noch der Weg gewöhnlicher Klagerhebung offen bleibe, ist daher unrichtig und hat weder in der Natur des Adhäsionsprocesses, noch in der Doctrin und Praxis eine Stütze.

Kleinschrod im Neuen Archiv des Criminalr. Bd. 2. p. 279.

Die Berufung auf art. 201 der P. G. O., welcher nach erfolgter Freisprechung des Angeschuldigten die etwaigen Civilansprüche zur civilproceßordnungsmäßigen Verhandlung (jedoch vor dem Criminalgerichte) verweist, ist deßhalb nicht statthaft, weil dieser Artikel Ansprüche, welche nach beendigter Criminalsache erst erhoben werden, insbesondere diejenigen im Auge hat, mit welchen ein unschuldig Angeklagter von seinem frivolen Ankläger Privatstrafen und Schadensersatz verfolgt,

P. G. O. art. 12. 99

Klagen, welche, ihrer Natur nach, einen durch Freisprechung erledigten Criminalproceß zur Voraussetzung haben.

L. 1 § 3 D. ad S. C. Turpil. (48, 16)

Was dagegen die mit der Criminalsache zugleich verfolgbaren und verfolgten Privatansprüche anlangt, auf welche sich

P, G. O. art. 198 § ult.

bezieht, so schreibt das Gesetz nur ihre, natürlich durch Spruchreife bedingte, simultane Entscheidung vor, ohne für den Fall der Freisprechung des Angeschuldigten in der Criminalsache dem Privatanspruche nur die Möglichkeit seiner Durchführung auf dem Wege separater Klage übrig zu lassen.

Nun bestreitet aber die Adhäsin auch die Spruchreife des Civilpunktes und verlangt auch deßhalb seine Verweisung auf den Civilweg. Allein mit Unrecht. Denn gleichwie der Adhärent oben (Nr. 51) gezeigter Maßen sein vollständiges rechtliches Gehör gefunden hat, so ist auch der Adhäsin durch ihre gerichtliche Vernehmung über das Vorbringen des Adhärenten durch Mittheilung der Adhäsionsschrift zur Beantwortung, sowie durch die erfolgte Beantwortung derselben ihr volles rechtliches Gehör zu Theil geworden, ohne daß ihr mit Rücksicht anf die Criminalsache der Gebrauch processualischer Partheigerechtsame abgeschnitten worden wäre, wegen deren sie einen Anspruch auf eine neue Verhandlung der Anträge des Adhärenten in einem selbstständigen Civilprocesse erheben könnte.

54. Bestimmung des gut- und bösgläubigen Erwerbs von Staatspapieren au porteur bei deren nach Frankfurter Particularrechte zulässigen Vindication. Erfordernisse dieser Vindication.

Der Hauptpunkt der Beschwerden der Adhäsin bildet die durch das angefochtene Erkenntniß ausgesprochene Verpflichtung, die von Baum Sohn erkauften Frankfurter und Israelitischen Gemeinde-Obligationen an den Adhärenten herauszugeben. Zur Begründung unserer Entscheidung stellen wir

1. die Rechtssätze fest, nach welchen die hier erhobene sogenannte Vindication von auf den Inhaber lautenden Papieren zu beurtheilen ist, und untersuchen dann,

2. ob der als erwiesen vorliegende Thatbestand die Anwendung derselben gestattet.

Ad 1. Durch die Frankfurtische Gesetzgebung, insbesondere die Verordnung vom 8. Juli 1817 § 1

ist die gemeinrechtliche Controverse über die Zulässigkeit einer Vindication der Papiere auf Inhaber dahin entschieden, daß gegen dritte Besitzer, welche dieselben in gutem Glauben erworben haben, eine Abstreitung unzulässig sein soll. Wer demnach in gutem Glauben, wenngleich von einem zur Uebertragung unberechtigten Auctor, erworben hat, muß als der wahre Gläubiger anerkannt, es kann ihm weder von dem Schuldner, noch von dem früheren wahren Gläubiger diese seine Eigenschaft bestritten und die Beweisurkunde derselben abgestritten werden.

Was gehört aber zu einem gutgläubigen Erwerber?

In Bezug auf diese Frage sind zunächst die Frankfurtischen Gesetze als Quelle entgegengesetzter Beantwortungen von den Partheien angezogen worden. Der Adhärent, auf die Rathsverordnung vom 19. September 1760 gestützt, vertheidigt einen weiteren, die Adhäsin, auf die ratio der Verordnung vom 8. Juli 1817 und auf deren authentische Erklärung vom 20. April 1830 sich berufend, einen engeren Begriff des bösgläubigen Erwerbs.

Wir können weder die eine, noch die andere Berufung auf Frankfurtische Particulargesetze als entscheidend in der vorliegenden Frage anerkennen.

a. Die Rathsverordnung von 1760 hat nichts weniger als die Absicht, über die civilrechtlichen Begriffe der **bona** oder **mala fides** eine vom gemeinen Rechte abweichende Bestimmung zu treffen oder die eine oder andere Entscheidung civilrechtlicher Controversen über jene Begriffe gesetzlich zu sanctioniren. Sie ist vielmehr ein im Interesse der Sicherheit des Eigenthums erlassenes Polizeigesetz, welches bei der unterpfändlichen Annahme oder dem Ankaufe von Sachen unter Umständen, die auf deren Gestohlen- oder Geraubtsein schließen lassen, Aufmerksamkeit einschärft und Anzeige bei der Obrigkeit anempfiehlt, dem leichtfertigten Verfahren aber und der Unterlassung dieser Anzeige gewisse privatrechtliche und strafrechtliche Nachtheile androht. Insbesondere wird, wer jene Gebote

übertritt, zur „ohnentgeltlichen Herausgebung derer Sachen" verpflichtet, eine Rechtsfolge, die einfach an den gesetzlich bezeichneten Thatbestand geknüpft ist, ohne daß zwischen beiden die Qualificirung dieses Thatbestandes als mala fides in der Mitte stände und an diese jene Rechtsfolge geknüpft wäre.

b. Neben diese Verordnung von 1760 ist nun das Gesetz von 1817 getreten, von welchem man wohl sagen darf, daß es aus einem Bedürfnisse hervorgegangen ist, welches dem Gesichtspunkte der Verordnung von 1760 wenigstens zum Theil widerstreitet. Will diese der Sicherheit des Eigenthums dienen, so will jenes die Bedürfnisse des Handels und Wandels zur Geltung bringen, welche mit der eigenthümlichen Natur und Verkehrsstellung der Creditpapiere auf Inhaber zusammenhängen. Indem es gegen dritte Besitzer solcher Papiere, sofern sie gutgläubige Erwerber sind, alle Eigenthums- oder sonstige dingliche Klagen ausschließt, tritt es einer strengen Anwendung des Eigenthumsbegriffs auf dieselben entgegen,

vgl. Gerber deutsches Privatr. § 160 z. E. (3. Aufl.)

und bringt dawider die von dem allgemeinen vernünftigen Verkehrswillen erhobenen Forderungen zur Geltung;

vgl. Thöl Handelsr. Bd. 1 S. 234 [a] flg. (3. Aufl.)

dabei stellt es keine nähere Bestimmung über den Begriff des guten Glaubens auf, läßt es also bei dem gemeinen Rechte, und tritt sonach, was Creditpapiere au porteur anlangt, zu der Bestimmung der Rathsverordnung von 1760 über unentgeltliche Herausgabe leichtsinnig erkaufter vermuthlich gestohlener Sachen nur dann und insofern in ein derogatorisches Verhältniß, wenn und inwiefern nicht schon unter den gemeinrechtlichen Begriff des bösen Glaubens ein leichtfertiges Verhalten, wie das in der Rathsverordnung verpönte, fallen sollte. Allerdings ist nun am 20. April 1830 eine authentische Erklärung des Gesetzes von 1817 gerade in Bezug auf Erfordernisse des guten Glaubens ergangen, indem bestimmt worden ist, daß es weder auf die Vollgültigkeit des Besitztitels überhaupt, noch insbesondere auf das Recht dessen, der den Besitz übertragen hat, ankomme: die Redlichkeit des Besitzes sei rein subjectiv hinsichtlich des Besitzers zu beurtheilen, und

es sei völlig einerlei, ob der redliche Besitzer als Eigenthümer oder in fremden Namen besitze. Allein auch hierdurch ist der eigentliche Inhalt des Begriffs der bona fides nicht in eigenthümlicher Weise bestimmt, sondern nur die Unabhängigkeit desselben von objectiv-juristischen Eigenschaften des Besitzes (ob titulirter oder nicht titulirter, ob in eigenem oder fremdem Namen) festgestellt; was gewissen civilistischen Ansichten gegenüber

vgl. Unterholzner Verjährungslehre Bd. I § 95

von practischer Wichtigkeit war. Der eigentliche Inhalt des subjectiven Bewußtseinszustandes, der die bona fides bildet, ist von jener authentischen Erklärung nicht berührt.

Wir sehen uns daher ganz an das gemeine Recht gewiesen. Was aber dieses anlangt, so ist mit

v. Savigny Obligationsrecht Bd. 2 p. 151
Mühlenbruch Lehrbuch des Pand. R. Bd. 2 § 164
Thöl l. c. § 54[d]

u. A. anzunehmen, daß bona fides nicht bloß ausgeschlossen werde durch die wirkliche conscientia rei alienae, sondern auch durch die Unbesonnenheit desjenigen, der dringende, verdachterregende Umstände nicht bedachte oder deßhalb entstandene Zweifel willkührlich beseitigte. Dieser von der Adhäsin bestrittene weitere Begriff des bösen Glaubens wird mehr noch, als durch bestimmte Aussprüche der Quellen, durch die Analogie der Behandlung des auf grober Nachlässigkeit beruhenden Irthums,

v. Savigny System des heut. R. R. Bd. 2 p. 335 fg

sowie dadurch gestützt, daß für das, die mala fides aus den begleitenden Umständen beurtheilende richterliche Ermessen eine practische Gränzlinie, welche die wirkliche conscientia rei alienae von dem durch grobe Nachlässigkeit verschuldeten Mangel derselben scheidet, nicht wohl gezogen werden kann. Und dazu kommt noch in besonderer Beziehung auf Creditpapiere au porteur, daß der allgemeine Verkehrswille, welcher verlangt, daß ein Jeder bei dem Erwerbe solcher Papiere schon dem Besitze seines Veräußerers müsse vertrauen dürfen, unmöglich so weit gehen kann, daß der Erwerber sich auch über das durch die Umstände dringend nahe

gelegte Mißtrauen beliebig und ohne Nachtheil davon zu befahren, hinwegsetzen dürfe.

Nach diesen, unsere Entscheidung begründenden Feststellungen über guten und bösen Glauben bedarf es noch einer Beantwortung der Frage, was von Seiten des Klägers, der den bösgläubigen Erwerber auf Herausgabe der Papiere in Anspruch nimmt, die Bedingung seines Sieges bilde. Mit Unrecht hat hier die Adhäsin verlangt, daß der Kläger mindestens den zur Publicianischen Klage gehörigen titulirten und gutgläubigen Besitz behaupten und beweisen müsse. Das Erforderniß des titulirten Besitzes ist natürlich unnöthig, sobald feststeht, was nach Frankfurter Recht nicht bezweifelt werden kann, daß ein gutgläubiger Erwerber des Papiers durch seinen Besitzerwerb dergestalt der wahre Gläubiger wird, daß Niemand ihm das Recht auf die Beweisurkunde dieser seiner Gläubigerschaft zu bestreiten vermag. Steht dieser Grundsatz fest und wird mit ihm die Rechtsregel verbunden,

v. Savigny Obligationenr. Bd. 2 p. 149

daß die Gutgläubigkeit des Besitzes von demjenigen, der sie behauptet, nicht bewiesen, sondern von dem Gegner, der sie bestreitet, widerlegt werden muß; so muß der Kläger schon dann obsiegen, wenn die mala fides des verklagten Besitzers und der frühere Besitz des klagenden Nichtbesitzers dargethan, die bona fides des letzteren aber nicht widerlegt ist.

Thöl i. a. W. p. 240 b

Ad 2. Es handelt sich jetzt noch um die Anwendung der angeführten Rechtssätze auf den vorliegenden Fall.

a. Die Adhäsin ist dann mit Recht zur Herausgabe der von Baum Sohn erkauften Obligationen verurtheilt worden, wenn aus dem geführten Beweise zu entnehmen ist, daß von ihrer Seite bei dem fraglichen Kaufgeschäfte mit einer großen Unbedachtsamkeit zu Werke gegangen wurde, welche die naheliegenden Verdacht erregenden Umstände übersah. Sie hat dann auf die Rechte eines gutgläubigen Erwerbers keinen Anspruch.

Die actenmäßigen Umstände, aus welchen der Beweis jener

Unbedachtsamkeit sich ergibt, sind in den Entscheidungsgründen *) zu der sententia a qua dergestalt zusammengestellt, daß wir es an den folgenden Bemerkungen genügen lassen können.

---

*) Der Ankauf ist unter Umständen geschehen, welche die Abhäsen darauf aufmerksam machen mußten, daß die Sache nicht rein sei. Denn, auch abgesehen davon, daß die am 15. December dem P. Worms gestohlenen Obligationen mehrmals als gestohlen öffentlich bekannt gemacht und vor deren Ankauf gewarnt worden, auch sämmtlichen Wechslern und unter diesen namentlich der Wechselhandlung L. A. Hahn das gedruckte Verzeichniß zugestellt worden, mithin eine Unkenntniß von der Handlung Hahn um so weniger vorgeschützt werden kann, als diese Warnung Ende März 1852, also wenige Tage vor dem Ankauf, in den öffentlichen Blättern wiederholt wurde, kommen hier folgende auffallende Umstände vor, welche ohne eine supina negligentia nicht wohl übersehen werden konnten, und welche, wenngleich von einer peinlichen Strafe keine Rede sein kann, doch bei den Civilansprüchen allerdings berücksichtigt werden müssen:

1. Mußte es der Handlung auffallen, und soll sie auch nach Baum's Angabe zu London befremdet haben, daß die Frankfurter Obligationen und Schuldverschreibungen der hiesigen israelitischen Gemeinde zu London feil geboten worden. Baum's Antwort, daß sie solche von Jemanden gekauft haben, den sie nicht kennten, der sich aber für einen Flüchtling ausgegeben habe und daß er selbst komme, um zu sehen, daß alles richtig sei — konnte ihnen nicht genügen;

2. mußte es der Handlung Hahn auffallen, daß Baum Sohn erst eine der gestohlenen Obligationen einschickte, mit dem Bemerken, solche vorerst separat zu berechnen und daß sie vielleicht noch einige Obligationen bekommen könnten;

3. daß der Verkäufer Adolf Baum bei dem Verkauf der Obligation an Hahn in der Factura den Zusatz machte, „ohne Verbindlichkeit;"

4. daß der Verkauf an einem Sonnabend Nachmittag und Abend und mit besonderer Eile vollzogen wurde;

5. daß Worms den Vater Hahn noch kurz vor dem Ankauf der Obligationen gefragt, ob seine Obligationen noch nicht vorgekommen seien, worauf dieser geantwortet, wenn sie bei mir vorgekommen wären, da würde der Dieb gleich gehalten worden sein. — Lauter Umstände, deren Zusammentreffen jeden nur einiger Maßen vorsichtigen Geschäftsmann auf die Unlauterkeit des Geschäfts hätte aufmerksam machen müssen.

Zwar wendet die Handlung Hahn dagegen ein:

Es fehlt zwar einerseits nicht an den stärksten Ueberzeugungsgründen dafür, daß bei dem fraglichen Kaufe von Seiten der adhäsischen Handlung ohne positives Bewußtsein von der Eigenschaft der Papiere als gestohlener verfahren wurde, und insbesondere

---

1. daß sie beim Kauf der Obligationen gar nicht daran gedacht hätte, daß solche zu den dem Worms gestohlenen gehören könnten;

2. daß sie mit dem Handlungshaus Baum Sohn zu London schon früher Geschäfte gemacht und Adolph Hahn den jungen Baum, von seinem Aufenthalt zu Liverpool her, schon seit dem Jahr 1851 kenne und das Haus für respectabel gehalten habe;

3. daß es bei dergleichen Obligationen-Geschäften, wenn solche zwischen Häusern geschehen, die man für achtbar halte und an welchen man sich des Regresses halber erholen könne, gar nicht üblich sei, die Verzeichnisse der Obligationen, vor deren Ankauf gewarnt worden, deren immer eine große Anzahl existire, nachzusehen, wie dies auch wirklich der Fall bei vorliegendem Geschäfte gewesen, welches der beeidigte Zeuge Heymann, welcher bei der ganzen Verhandlung zugegen gewesen, bezeugt, — was auch der Umstand darthue, daß andere hiesige Wechselhäuser bald darauf von der Handlung Hahn einige der dem Worms gestohlenen Obligationen gekauft haben, welches diese nicht gethan haben würden, wenn sie die Verzeichnisse nachgesehen hätten;

4. daß sie die Frankfurter Stadtobligationen nicht unter Tagescours gekauft hätten, vielmehr das ganze Geschäft unter Zugrundelegung der zur Hand genommenen Courszettel vollzogen worden sei, wie durch die eidlichen Aussagen der Zeugen Cahn und Heymann bestärkt wird, und die Obligationen der israelitischen Gemeinde, welche nicht im Courszettel stehen, um einen solchen Preis, wie sie selbst kurz vor- und nachher ge- und verkauft haben, welches durch Courszettel, Schlußzettel und die beiden beeidigten Zeugen Schloß und Rupprecht dargethan wird;

5. daß sie die auf der Factura stehende Worte: „ohne Verbindlichkeit" ganz übersehen hätten, indem sie sonst solche nicht würden gekauft haben, sowie dies auch daraus hervorgehe, daß Baum selbst sich vor dem Regreß, den Hahn wegen diesem Geschäfte an ihr nehmen würde, gefürchtet habe, wie aus Schreiben der Handlung Baum Sohn — hervorgehe, sowie denn auch Heymann, der bei der ganzen Verhandlung zugegen war, eidlich deponirt, daß hiervon keine Rede gewesen sei;

6. daß der Vater Hahn schon seit mehreren Jahren nicht mehr im Geschäfte thätig sei, auch erst, nachdem er durch Anhalten der

wird der Ankauf derselben zu einem angemessenen Cours, die sofortige Berichtigung des Kaufpreises, das offene Gebahren mit den Papieren nach deren Erwerbe, die rückhaltslose Mittheilung aller auf den Kauf bezüglichen Umstände in der Untersuchung den Gedanken daran zerstören müssen, daß ein wirkliches Wissen von der Herkunft der Papiere vorhanden war. Andererseits läßt sich aber eine große Unbedachtsamkeit nicht abläugnen, wenn man nicht den kaufmännischen Verkehr mit Creditpapieren auf Inhaber von jeder Pflicht der Aufmerksamkeit auf Verdacht erregende Umstände entbunden erachtet. Erwägt man

α. daß der Gegenstand des Geschäfts gerade solche Arten von Papieren waren, welche gewiß von London her nur äußerst selten angeboten werden, und welche eben das Hauptobject eines Diebstahls bildeten, der durch die Weise seiner Verübung die größte Aufmerksamkeit erregt haben mußte und dessen Andenken sowohl durch die wiederholte amtliche Bekanntmachung der gestohlenen Gegenstände, als durch die unablässigen Erkundigungen des Damnificaten bei den Frankfurter Wechselhäusern, insbesondere auch bei dem adhäsischen, fortwährend angefrischt wurde;

Coupons von dem Geschäfte Kenntniß erhalten, mit seiner Frau davon gesprochen habe;

7. daß gerade derjenige Theilhaber, welcher das Notizbuch über abhanden gekommene Obligationen führe, erst kurz vorher von einer größeren Reise zurückgekommen sei, welches durch dessen Paß nachgewiesen wird;

8. daß bei dem ausgebreiteten Geschäft ihres Hauses ein solches Versehen leicht vorfallen könne.

So gewichtig auch diese Gründe sein mögen, so vermögen sie doch nicht von der Handlung Hahn die Beschuldigung großer Nachlässigkeit bei Ankauf eines Theils der dem Worms gestohlenen Werthpapiere und eine dem dolus gleichkommende culpa lata zu entfernen und die Folge hiervon ist, daß sie auf die Bestimmungen des art. 1. des Gesetzes vom 8. Juli 1817 und des Gesetzes vom 20. April 1830 keine Ansprüche machen können, vielmehr die Verordnung vom 19. September 1760 auf sie anwendbar ist, nach welcher sie zur Herausgabe der von ihnen erkauften Obligationen sammt Zinscoupons und Talons schuldig erkannt werden müssen, wogegen es sich von selbst versteht, daß ihnen die von London eingeschickte Kaufsumme zugestellt werden muß.

β. daß das Benehmen des Verkäufers das Wissen oder doch den Glauben des letzteren an die unlautere Herkunft sehr stark verrieth, insbesondere dadurch, daß er sich vor dem Hervortreten mit den persönlich überbrachten Obligationen über die Schicksale der zuvor übersendeten Frankfurter Obligation — zu versichern suchte, vor Allem aber dadurch, daß er durch den völlig ungewöhnlichen und bei Lesung der Factura nicht zu übersehenden Zusatz der Worte: „ohne Verbindlichkeit" die Besorgniß vor einer bevorstehenden Regreßnahme des Käufers an den Tag legte,

so wird man einräumen müssen, daß der dennoch erfolgte unbedenkliche Ankauf der Papiere nicht durch den Umstand einer zwischen der Hahn'schen und der Baum'schen Handlung bestehenden Geschäftsverbindung gerechtfertigt wird, sondern nur aus großer Sorglosigkeit sich erklären läßt.

b. Von Seiten des Adhärenten bedarf es, nachdem ein Besitz der Adhäsin dargethan ist, der ihr auf die Rechte eines gutgläubigen Erwerbers keinen Anspruch verleiht, zur Wiedererlangung der Papiere nur des Beweises eines früheren Besitzes, dessen Bösgläubigkeit nicht anzunehmen ist. Diese Bedingung ist durch den Beweis des objectiven Thatbestandes des an dem Adhärenten verübten Diebstahls, sowie dadurch gegeben, daß für die mala fides seines früheren Besitzes keine Beweisgründe geliefert sind. Der allgemeine Widerspruch, welchen die Adhäsin in ihrer Adhäsionsbeantwortungsschrift der bona fides des Adhärenten entgegengesetzt hat, konnte nicht genügen. Sie mußte, wenn der Criminalbeweis in dieser Beziehung keine Beweisgründe ergab, bestimmte Thatsachen bezeichnen, aus welchen die Bösgläubigkeit des Besitzes des Adhärenten zu entnehmen gewesen wäre und deßfallsige Beweisanträge stellen. Da ihr hierzu im Adhäsionsverfahren die, von ihr nicht benutzte Gelegenheit geboten war, und daher auch in dieser Beziehung der Civilanspruch als vollständig und mit gehöriger Wahrung der Partheirechte erörtert erscheint, so mußte die gegen die Herausgabe der erkauften Creditpapiere an den Adhärenten gerichtete Beschwerde für unbegründet erkannt werden.

XXII.

Philipp Nicolaus Schmidt dahier, Kläger und Widerbeklagter

contra

Eichthal Frommel u. Comp. in Liquidation zu Augsburg, Beklagte und Widerkläger.

Philipp Nicolaus Schmidt stellte gegen Eichthal Frommel u. Comp. die in diesem Bande Nr. 19 erwähnte Pfandklage wegen einer Forderung von fl. — an. Beklagter opponirte neben der exceptio fori, daß die in Rede stehenden Geschäfte zwischen dem Kläger und David von Eichthal zufolge eines Vertrages vom Jahre 1840 abgeschlossen worden seien und er (Beklagter) nur als Banquier des letzteren fungirt habe, mithin ein unrechter Beklagter sei. Dagegen replicirte Kläger, daß zufolge mit dem Beklagten getroffener Uebereinkunft die Beträge der von dem Beklagten auf Kläger gezogenen und von ihm eingelösten Wechsel als dem Beklagten vorgeschossen zu betrachten sein und Letzterer ihn, den Kläger, hierfür je durch Werthpapiere des David von Eichthal zu decken haben sollte. Zugleich stellte Beklagter für den Fall, daß er aus dem Vertrage vom Jahre 1840 obligirt wäre, Widerklage auf Vollzug dieses Vertrages an.

Das Stadtgericht erkannte am 24. Februar 1854, daß in Folge der Einrede des unrecht gewählten Beklagten Kläger mit seiner Klage ab- und zur Ruhe zu weisen sei, er könnte denn das replicarische Vorbringen beweisen. Der Widerkläger wurde mit seiner Widerklage ab- und zur Ruhe gewiesen. Auf Appellation des Beklagten und Widerklägers wurde dies Erkenntniß unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze bestätigt vom

Appellationsgerichte am 26. Mai 1854,

Oberappellationsgerichte am 13. Sept. 1855.

XXIII.

J. C. H. dahier, Kläger
contra
A. J. St. dahier, Beklagten.

Es traten die Partheien die rechtskräftig festgesetzten Beweissätze, die Bd. I. Nr. LXVII. mitgetheilt wurden, theils durch Zeugen, theils durch Sachverständige ein. Zugleich stellte Beklagter den Antrag, daß die ganze Klage abzuweisen sei, weil Kläger durch die in seinem Hause vorgenommenen Baureparaturen eine Selbsthülfe verübt und dadurch jeden Schadensanspruch verwirkt habe. Das Stadtgericht verwarf am 5. October 1853 diesen Antrag, verordnete die Vernehmung der Zeugen mit Ausnahme des Zeugen K. und setzte die Expertise in Betreff des dritten klägerischen Beweissatzes bis nach Erledigung des Zeugenbeweises aus und gab den Sachverständigen in Betreff des vierten klägerischen Beweissatzes zur Beantwortung auf:

a. ob der Beklagte durch seine bei dem Bauamte eingereichten Risse und durch welche auf diesen Rissen angebrachten Merkmale angegeben habe, daß die neuen Fundamente nur zwei Fuß tiefer, als sein Keller-Platten-Boden werden sollten, oder ob er in seinen Rissen und wodurch angedeutet habe, daß die Fundamente nicht blos in einer Tiefe von zwei Fuß unter seinem Keller-Platten-Boden, sondern auf gewachsenem Boden in noch nicht zu bestimmender Tiefe zu legen seien?

b. die in [55] act. pag. 4 und 5 unter 1—5 enthaltenen Fragen zu beantworten, (ob die Zeichnung von Pfeilern auf dem Grundriß eines Kellers unbedingt die Absicht des Unterfahrens einer Brandmauer andeute, oder nicht vielmehr auch andeute, daß der Pfeiler als Widerlage des Kellergewölbes dienen solle? rc.)

Da der § 55 des Gesetzes vom 7. November 1848 die Bestimmung enthält, daß es bei Zwischenbescheiden anderer Art (als

durch welche Beweis auferlegt oder die Ableistung eines Eides erkannt wird) demjenigen frei steht, welcher sich durch sie für beschwert hält, auch wenn er die betreffende Verfügung ohne Vorbehalt befolgt hat, seine Beschwerde bei der nächsten zulässigen Berufung, welche er ausführt, geltend zu machen, brachten die Partheien das obige Erkenntniß in Ausführung und das Stadtgericht erkannte am 22. März 1854, daß Kläger den ihm obgelegenen Beweis des 1. und 2. Beweissatzes — — erbracht habe, und daß nunmehr die Sachverständigen gutachtlich in Betreff des 3. klägerischen Beweissatzes zu berichten haben.

Auf Appellation des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben in $^8/_9$ (neun Beschwerden wurden aufgestellt) der Kosten dies Urtheil vom Appellationsgerichte am 14. Juni 1854 mit der Abänderung bestätigt, daß in Betreff der Anfechtung des einen Sachverständigen vorerst noch eine Zeugenvernehmung einzutreten habe, demnächst aber je nach dem Ergebniß dieses Incidentbeweises rücksichtlich der Zulassung oder Verwerfung des Experten zu erkennen sei.

Dieses Urtheil bestätigte auf Oberappellation des Beklagten unter dessen Verurtheilung in die Kosten das Oberappellationsgericht am 11. October 1855.

55. § 55 des Gesetzes vom 7. November 1848.

Die Principalbeschwerde, daß nicht die Klage ohne Weiteres abgewiesen sei, war schon aus dem von den vorigen Richtern geltend gemachten processualischen Grunde nicht zu beachten. Das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 5. October 1853 ist, indem es den auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag verwirft, insofern unverkennbar eine definitiva, und es kann diesen Charakter nicht wohl dadurch verlieren, daß es zugleich processualische Entscheidungen und Verfügungen trifft. Mochte immerhin der § 55 der Verordnung vom 7. November 1848 den Beklagten berechtigen, gegen diese Verfügungen erst bei der nächsten zulässigen Berufung seine Beschwerden geltend zu machen: gegen die durch dieses Erkenntniß ausgesprochene Verwerfung seines Antrages auf Abweisung der Klage mußte er zeitig Appellation einwenden und ver-

folgen, und da er dies unterlassen, so ist seine Beschwerde von den vorigen Richtern mit Recht aus diesem Grunde verworfen worden, und es bedarf daher deßhalb keiner Ausführung über die völlig klare materielle Verwerflichkeit des Antrages.

56. Materieller Nachtheil muß durch successive Instruction verschiedener Beweissätze der Parthei zugefügt sein, wenn sie sich über die Proceßdirection beschweren will.

Bei der zweiten und dritten Beschwerde erscheint es zwar allerdings einiger Maßen zweifelhaft, ob das dem Richter an sich zustehende Recht, auferlegte Beweise, nachdem sie angetreten worden, successive zur Instruction und Entscheidung zu bringen, im vorliegenden Falle vom Stadtgerichte in zweckmäßiger Weise geübt worden ist. Da indessen der Beklagte gar nicht zu behaupten vermocht hat, daß ihm durch die verfügte und erfolgte vorgängige Erledigung des ersten und zweiten der dem Kläger auferlegten Beweise irgend ein materieller Nachtheil zugefügt sei, wie denn auch ein solcher bei der völligen Trennbarkeit dieser beiden Beweissätze von dem dritten und vierten nicht wohl stattfinden kann, so vermag diese Ausübung der richterlichen Proceßdirection keinen Grund zu einer zulässigen Beschwerde abzugeben.

57. Wann können verwerfliche Zeugen zum Zeugniß zugelassen werden?

In Betreff der Verwerfung des als Zeugen vorgeschlagenen K. ist die Berufung des Beklagten auf

Ref. I tit. 33 § 14

unzutreffend.

1. Das gemeine Recht sanctionirt keineswegs den allgemeinen Grundsatz, daß sonst verwerfliche Zeugen dann zuzulassen seien, wenn ein Beweis nicht anders, als durch sie möglich sei, sondern nur für einzelne Fälle und zwar das Römische Recht nur bei testibus domesticis,

L. 7 D. de testibus (22, 5)

L. 8 § 6 C. repudiis (5, 17)

das Canonische Recht nur bei dem Zeugnisse der nächsten Verwandten über Consanguinität in causis matrimonialibus;

c. 3 X. qui matrim. accussare poss. (4, 18)

dem will sich offenbar auch die Frankfurter Reformation anschließen, indem sie, nachdem sie in tit. 33 § 2 — 13 die unzulässigen Zeugen aufgezählt hat, im § 14 cit. fortfährt, daß unter den aufgezählten etliche seien, welche nach Erkenntniß der Schöffen dann zuzulassen seien, wenn kein anderer Beweis zu haben sei.

2. Könnte man diese Ausnahme auch weiter ausdehnen, so würde sie doch jedenfalls auf solche Fälle zu beschränken sein, wo der Mangel anderer Beweise in der Natur der Verhältnisse liegt, wofür sich auch bereits das Oberappellationsgericht ausgesprochen hat.

Fr. S. Gossi c. Mettenheimer u. Simon 1851
(cf. Band II. Nr. LXXXIV)

58. Beweis durch Sachverständige.

Beklagter hat den Beweis seiner ersten Beweisalternative „daß die auf dem Grundriß des Kellers angedeuteten Pfeiler die Unterfahrung der gemeinschaftlichen Brandmauer bedingt haben," unter anderm durch Sachverständige angetreten und in seiner Beweisantretung gebeten, sie darüber sich äußern zu lassen, „ob nicht durch Zeichnung von Pfeilern auf dem Grundrisse eines Kellers angedeutet und bedingt würde, daß eine anstoßende Grundmauer unterfahren werden solle" und „ob sich eine solche genügende Andeutung nicht in concreto auf dem betreffenden Risse fände." Zu diesen Fragen beantragt der Kläger Gegenfragen. Indem nun der Beklagte in seiner Gegenerklärung seine früher beantragten beiden Fragen in die eine zusammenfaßte: „ob die in dem von ihm übergebenen Risse befindliche Andeutung von Pfeilern auf dem Grundrisse des Kellers dessen Unterfahrung unter den obwaltenden Umständen bedingt habe," bat er die jenseitigen Gegenfragen, welche bezweckten, die Sachverständigen von dem concreten Falle ab und auf das allgemeine Gebiet der Theorie hinüberzulenken, zu verwerfen. Das Stadtgericht dagegen hat, indem es den Punkt, welchen die Sachverständigen begutachten sollen, genau formulirte, zugleich verordnet, daß dieselben auch jene Gegenfragen zu beantworten haben: und in der That sind diese

Fragen nicht nur durchaus zulässig, sondern fast nothwendig. Denn wenn der Kläger aus den angedeuteten Pfeilern die Absicht einer Unterfahrung der gemeinschaftlichen Brandmauer als etwas genügend dadurch Bezeichnetes hat abnehmen sollen, so kommt es eben darauf an, ob im Allgemeinen solche Pfeiler diese und keine andere Bedeutung haben, indem es andernfalls dem Kläger nicht zum Präjudiz gereichen kann, wenn er jenen Schluß nicht daraus zog.

XXIV.

L. H. F. dahier, Kläger, Implorat

contra

die Debitmasse des Carl Friedrich Schmidt und dessen Ehefrau Elisabetha Charlotte, geb. Wetzel, Beklagte, Imploranten.

In dem, Band I. Nr. LXXIII, Band II. Nr. XXXII. mitgetheilten Rechtsfalle handelte es sich um die Gültigkeit und rechtliche Bedeutung eines zwischen Kläger und den Schmidt'schen Eheleuten in Betreff der Mobilien des „Weidenbusches" abgeschlossenen Kaufvertrages vom Jahre 1841. Nach dem über das Vermögen der Schmidt'schen Eheleuten ausgebrochenen Concurse einigten sich die Partheien dahin, daß an die Stelle des Klagobjects der durch den Verkauf des Inventars an M. erzielte Erlös gesetzt wurde.

Der Curator und Contradictor führt nunmehr an, er habe nach den vor seinem Eintritt in die Proceßverhandlungen erwachsenen Acten angenommen und annehmen müssen, es habe sich der im Jahre 1841 abgeschlossenen Mobiliarverkauf an Kläger auf das Sch.'sche Gesammtinventar, folglich auf dieselben Gegenstände erstreckt, die bei dem späteren Verkaufe an M. für fl. — an letzteren übergegangen seien. Durch diese Annahme veranlaßt

habe er zugestanden und in Folge dieses Zugeständnisses das Oberappellationsgericht am 28. Januar 1854 ausgesprochen, daß Kläger jene Summe von fl. — als Aequivalent des Klagobjects zu erheben befugt sei. Gegenwärtig habe aber der Cridar ihm, dem Curator, mitgetheilt, daß Kläger nicht die ganze Mobiliarschaft des Weidenbusches, sondern nur bestimmte Mobilien gekauft habe, und es habe sich durch Anlegung vergleichender Verzeichnisse herausgestellt, daß Kläger fl. — zu viel erhalten habe. Der Curator gründet hierauf ein Restitutionsgesuch, theils weil er sich in einem entschuldbaren error facti befunden habe, theils weil jener Sachverhalt ein repertum novum bilde, theils weil ihm die sogenannte clausula generalis insofern zur Seite stehe, als es höchst unbillig erscheinen müsse, daß Kläger ohne alles materielle Recht bloß aus formellen Gründen zum Schaden der Masse einen so erheblichen Gewinn beziehen solle. Das Restitutionsgesuch wird principaliter gegen das Urtheil des Oberappellationsgerichtes vom 28. Januar 1854 und gegen das curatorische Zugeständniß, daß der Erlös des M'schen Kaufes das Aequivalent des ursprünglichen Klagobjects bilde, gerichtet, daneben hat Implorant noch auszuführen gesucht, daß eigentlich nicht von einer res judicata, sondern von Declaration des oberappellationsgerichtlichen Urtheils die Rede sein könne, da es sich damals nur um die Gültigkeit und rechtliche Bedeutung des zwischen dem Kläger und dem Cridar abgeschlossenen Kaufvertrages, nicht aber um das Object desselben gehandelt habe.

Das Oberappellationsgericht verwarf am 28. September 1855 das Restitutionsgesuch als unbegründet unter Verurtheilung des Imploranten in die Kosten.

59. Vierjährige Frist zur Einführung der restitutio ex capite novorum.

Das wider das Oberappellationsgerichts-Erkenntniß vom 28. Januar 1854 gegenwärtig — zur Hand genommene außerordentliche Rechtsmittel der Restitution war, soviel die hierbei beobachtenden Fristen anbelangt, nicht zu beanstanden. Denn die hierfür im § 181 der Oberappellationsgerichts-Ordnung vorgeschriebene nur achtwöchentliche Frist, von der Zeit an, wo von

dem Restitutionsgrunde Kenntniß erlangt worden, welche vorliegend, da Implorant die — Mittheilungen des Cridars noch im Verlaufe des Jahres 1854 erhalten haben muß, abgelaufen wäre, findet weder überhaupt da, wo es sich um die prätorische Restitution gegen richterliche Erkenntnisse handelt, noch insbesondere in Frankfurter Rechtssachen nach

§ 186 u. 187 der O. A. G.-Ordnung

Anwendung. Wie dort die gemeinrechtlichen Fristen eintreten, so braucht in Frankfurt nach

§ 15 sub A 2 c der Provoc.-Ordn. v. 22. Juli 1788

auch das Restitutionsgesuch ex capite repertorum novorum innerhalb 4 Jahren vom Tage ihrer Auffindung an angezeigt zu werden. Es kann der hier vorliegende Antrag sonach für desert unter keinen Umständen erachtet werden.

60. Bei dem Restitutionsgesuche genügt die Behauptung einer Läsion.

An der für jede Art der Restitution wesentlichen Voraussetzung einer Läsion würde es nicht fehlen, wenn — — — (die Behauptungen des Imploranten (cf Geschichtserzählung) sich wirklich so verhielten). Es wird jedoch über dies Vorhandensein einer Läsion keiner Ausführung bedürfen, vielmehr kann unter der Bemerkung, daß zwar der zu fl. — berechnete Betrag des für die Masse angeblich erwachsenen Schadens für liquid noch keineswegs, wie Implorant vermeint, zu erachten wäre, daß jedoch für die Zulassung des Restitutionsgesuches es schon genügen muß, wenn nur nicht der Mangel jedweder Läsion von vornherein ins Klare gestellt ist, ein bloßer Hinweis auf die vom Imploranten deßfalls gemachten Ausführungen und Angaben im Allgemeinen genügen.

61. Universitas rerum.

Aus der Differenz der dem Kaufvertrage vom Jahre 1841 und dem Mobiliarverkaufe an M. zu Grunde liegenden Verzeichnisse und aus der erst hinterher erfolgten Anschaffung einzelner an M. mitverkauften und in der Summe von fl. — mitbezahlten Gegenstände wird sich die Folgerung, es habe F. durch Erhebung dieses ihm zuerkannten Erlöses mehr erhalten, als ihm nach Maß-

gabe seiner Eigenthumsansprüche gebührt hätte und bei Naturalgewährung der ihm im Jahre 1841 verkauften Mobilien zu Theil geworden sein würde, bloß dann ziehen lassen, wenn wirklich der F.sche Ankauf sich nicht auf das gesammte im Gasthof zum Weidenbusch befindliche und zu dessen Betriebe bestimmte, wie erforderliche Wirthschafts-Inventar in Pausch und Bogen und als solches bezogen hätte, sondern bloß die einzelnen, damals vorhandenen und in dem Anhange jenes Kaufvertrages vom 21. Juni 1841 speciell aufgeführten Mobilien Gegenstand des damaligen Handels gewesen wären. Denn ersteren Falls würde einestheils die Differenz zwischen beiden Verzeichnissen sich auch daraus erklären lassen und sogar erklärt werden müssen, daß man bei der im Jahre 1841 beliebten Inventur des damaligen Mobiliarbestandes nicht mit genügender Sorgfalt und Genauigkeit verfahren habe, was denn auch in den besonderen Umständen, Bedingungen und Zwecken, unter und zu denen jener Verkauf stattfand, eine Unterstützung finden dürfte. Anderntheils könnte, sobald das Gesammtinventar des Gasthofs im Ganzen und als sogenannte universitas rerum Gegenstand des von F. geschlossenen Kaufs war, der Handel nicht dahin verstanden werden, als ob spätere Ergänzungen des Inventars nur insoweit, wie sie speciell und ausdrücklich zu Ersatz von abhängig gewordenen Stücken bestimmt und angeschafft wären, hätten den Ansprüchen und Rechten des Käufers unterliegen, alle nicht in solcher Weise ergänzten Abgänge dagegen auf dessen Gefahr, und zwar ohne Aussicht zu irgend welcher Minderung des Kaufpreises, hätten stehen sollen. Vielmehr müßte dann die jeweilig und respective zur Zeit der Contractserfüllung vorhandene Gesammtheit aller für den Wirthschaftsbetrieb bestimmten und das Gasthofsinventar bildenden Sachen und Effecten als das vom Verkäufer zu prästirende Kaufobject angesehen werden, ohne Rücksicht auf Homogenität und Identität mit den bei Abschluß des Handels vorhanden gewesenen Stücken, sowie gleichviel, wann deren Anschaffung geschehen wäre oder ob zu solcher eine Pflicht für den Verkäufer bestanden hätte. Ein, solchem Verkaufe bei- oder zu Grunde gelegtes Verzeichniß könnte daher auch nur als dazu bestimmt gelten, für Beurtheilung

des Gesammtcharacters jenes Mobiliencomplexus, sowie für die Frage, ob und inwieweit das Inventar trotz seiner successiven unvermeidlichen Aenderung im Einzelnen doch als Ganzes unvermindert und gleicher Art geblieben sei, einen Anhalt zu bieten. Bloß in dem anderen obgedachten Falle, wenn lediglich einzelne Stücke eines Mobiliars oder doch nur die dermalen dazu gehörigen einzelnen Sachen als solche verkauft wären, würde es sich nach dem Verzeichnisse bestimmen müssen und allein darnach bemessen werden können, was der Verkäufer an einzelnen Sachen zu liefern habe, und in Betreff nicht mehr vorhandener und nicht ausdrücklich ersetzter Stücke würde zwar wohl geeigneten Falls von einer Entschädigungsforderung, nicht aber davon die Rede sein können, daß der Verkäufer auf andere Sachen ähnlicher Art und Bestimmung, ohne Weiteres als an die Stelle jener getreten, einen wohlbegründeten Anspruch erheben und diese als sein Eigenthum vindiciren dürfe.

Eine bloße hypothetische Bedeutung hat mithin dasjenige Factum, welches Implorant neu ermittelt haben will und jetzt geltend macht, — die Nichtübereinstimmung nämlich jener beiden Verzeichnisse. Es wäre dies erheblich, wenn F. das Gesammtinventar des Weidenbusches nicht gekauft haben sollte. Dafür aber, daß sein Kaufgeschäft nur die im dermaligen Verzeichnisse aufgeführten Mobilien zum Gegenstande gehabt, und ihm keinen Anspruch auf das Gesammtinventar im Ganzen gegeben habe, hat jenes Factum beweisende Kraft überall nicht. Die Voraussetzung, unter welcher allein erst innerhalb der zwischen beiden Verzeichnissen obwaltenden Differenz Implorantens Vorgeben, daß F. in und mit dem M.schen Kaufgelde mehr bezogen habe, als ihm auf Grund seines Kaufhandels von Rechts wegen zukäme, Beachtung finden kann, müßte daher annoch anderweit constatirt werden. Hierfür hat jedoch Implorant gar nichts, weder an Beweisen, noch selbst an bloßen Behauptungen beigebracht, und kann daher insoweit das Restitutionsgesuch nicht einmal für gehörig substantiirt gelten.

62. Die Frage, ob eine res judicata vorliege, ist auf dem gewöhnlichen Proceßwege, nicht aber durch ein etwaiges Declarationsgesuch zur Entscheidung zu bringen.

Implorant hat auszuführen gesucht, daß rücksichtlich der gegenwärtig angefochtenen Entscheidung des vom Oberappellationsgerichte am 28. Januar 1854 ergangenen Erkenntnisses eigentlich von einer res judicata überall nicht die Rede sein könne; denn es habe damals sich lediglich um die Gültigkeit und rechtliche Bedeutung des vom Cridar mit F. abgeschlossenen Kaufes gehandelt; dahingegen wären die Fragen gar nicht Gegenstand der Verhandlung gewesen, hätten vielmehr irrthümlicher Weise als außer Streit stehend und durch allseitiges Einverständniß erledigt gegolten, ob F. auf Grund seines Kaufs das gesammte Inventar des Weidenbusches und den vollen daraus durch den Verkauf an M. gezogenen Erlös oder ob nur einen Theil und welchen er in Anspruch nehmen könne, sowie ob und in welchem Maße ihm für die in Abgang gekommenen und nicht direct ersetzten Stücke des ihm verkauften Mobiliars ein Ersatzanspruch zustehe? Wenn aber wirklich das decisum des Oberappellationsgerichts-Erkenntnisses vom 28. Januar 1854 — — — für eine rechtskräftige Entscheidung über den jetzigen Streitpunkt nicht gelten könnte oder doch vom Imploranten als solche nicht anerkannt werden wollte, so würde letzterem zwar nicht zu versagen sein, daß er über die Frage, ob und inwieweit eine res judicata vorliege, und ob auf theilweise Rückgewähr des erhobenen Erlöses ein Anspruch begründet sei, den Rechtsweg beschritte und richterliche Entscheidung verlangte. Für ganz unstatthaft aber mußte es erachtet werden, der deßfallsigen Partheiverhandlung, sowie der Entscheidung der unteren Instanzen durch einen allhier auf einseitigen Antrag erfolgenden Ausspruch declaratorischer oder decisiver Natur vorgreifen zu wollen. Von obigem Gesichtspunkte aus erscheint daher der allhier gestellte Antrag Implorantens um so verwerflicher, als er eigener Angabe nach die Frage, ob trotz obigen decisi Implorat zu theilweiser Restitution des erhobenen Erlöses verbunden sei, wirklich bereits mittelst einer Condiction beim Stadtgerichte in litem deducirt hat und nur in Folge oder in Vor-

aussicht einer ihm ungünstigen Entscheidung über die auf Grund jenes decisi imploratischer Seits opponirte exceptio rei judicatae sich zu den jetzigen Restitutionsanträgen bewogen gefunden hat.

63. Restitution gegen entschuldbare, irrthümliche Zugeständnisse im Processe von Seiten der Vertreter der Partheien. Rechtskraft der Elemente des decisi.

Wenn Implorant eventuell und beziehungsweise nur gegen das seinerseits gemachte Zugeständniß, daß F. auf die aus den Mobilien hinterher gelöste Summe von fl. — Anspruch habe, und in der Richtung restituirt sein will, daß er bei Vernehmlassung auf die imploratische Klagergänzung vom 17. Juni 1851 in Anlaß des jetzt entdeckten Irrthums es versäumt habe, die der Masse zuständigen Rechte auf den jetzt reclamirten Theil des Mobiliars und Erlöses mittelst einer exceptio geltend zu machen, so wird man ihm freilich darin beitreten können, daß gegen entschuldbare irrthümliche Zugeständnisse im Processe, vollends, wenn nur von einem Vertreter der eigentlichen Parthei erfolgt, eine Restitution bewandten Umständen nach um so weniger zu versagen stehe, als der Grundsatz des älteren Römischen Rechts, confessus pro judicato habetur, in dem heutigen Processe keinerlei Geltung mehr hat, und es sich vorliegend wesentlich nur um Restitution wider ein Versäumniß handeln würde.

> Bickel von der Restitution im Processe (in Zeitschr. für Kurhess. Recht Heft I. sub III, 3 p. 129/130 u. sub XIII p. 145)

Allein mit dem Wegfalle jenes implorantischen Zugeständnisses fiele noch nicht hinweg das zu dem gleichen Resultate, nämlich dahin, daß F. der Gesammterlös zukomme, führende frühere Zugeständniß des Cridars Schmidt, daß es sich bei dem F.'schen Kaufe um das gesammte Wirthschafts-Inventar gehandelt habe; und nicht bloß muß Implorant letzteres, weil es zur Zeit voller Dispositionsfähigkeit vom Cridar gemacht ist, gegen sich gelten lassen, sondern er hat auch gar nichts dafür vorgebracht, daß und welchergestalt auch dieses Geständniß auf Irrthum beruht habe. Ebensowenig wäre mit ertheilter Restitution gegen obiges

Zugeständniß, da es zwar Anlaß des angefochtenen decisi gewesen sein mag, aber doch nicht ausdrücklich für dessen Voraussetzung und alleinige Grundlage erklärt ist, und da dessen eigentlicher Gegenstand und Inhalt nur in der Ermächtigung F.s zur Erhebung des M.schen Erlöses zu finden ist, von selbst auch dieser richterliche Ausspruch beseitigt. Es handelt sich sonach für Imploranten immer und allein darum, ob gegen diesen in Rechtskraft übergegangenen Richterspruch eine Restitution auf Grund dessen ertheilt werden könne, was Implorant zu solchem Behuf vorgebracht hat.

64. In integrum restitutio ex clausula generali.

Wenn Implorant gegen die seinem Verlangen theilweiser Rückgewähr jenes Erlöses entgegenstehende res judicata zuvörderst auf die sogenannte clausula generalis Praetoris sich stützt, so muß dies als ganz verkehrt bezeichnet werden. Denn dieser Restitutionsgrund, wenn überall weiter anwendbar, als auf solche Fälle, wo die Lage der zu restituirenden Parthei sich einer absentia vergleichen läßt, muß doch jedenfalls dahin beschränkt werden, daß Unterlassungen irgend welcher Art abseiten der Contrahenten, resp. Partheien stattgefunden haben und unschädlich gemacht werden sollen, kann also zu Cassation eines richterlichen Ausspruches direct niemals führen.

Vgl. Burchardi Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand p. 191 flg.

65. In integrum restitutio ex capite erroris.

Etwas mehr Schein (als Nr. 64) hat es, wenn Implorant sich darauf stützt, daß er sich in einem entschuldbaren, von allen Betheiligten, wie auch richterlicher Seits getheilten error facti befunden habe. Denn auch für solche Fälle, wo gegen positive Handlungen, insbesondere processualische, und namentlich gegen gerichtliches Zugeständniß Restitution gesucht würde, ist die Zulässigkeit ihrer Ertheilung auf Grund eines error excusabilis in den Quellen des Römischen Rechts anerkannt.

Vgl. Burchardi § 21 p. 283 flg.

Savigny System III. p. 384 flg.

Allein einestheils muß der richtigeren Ansicht nach dieser Restitutionsgrund wohl auf die speciell in den Quellen erwähnten Fälle, soweit solche überhaupt, was auch von Savigny, abgesehen von dem Falle eines irrthümlichen gerichtlichen Geständnisses, verneint wird, im heutigen Rechte noch anwendbar sind, beschränkt werden, und ist überdies die vorliegende Rechtssache, in welcher nicht in Betreff der Legitimation zur Sache oder bezüglich des eigentlichen Klagfundaments, sondern nur über den Gegenstand und das quantum der dem Gegner zustehenden Ansprüche

vgl. L. 3 u. 6 § 2 D. de confessis (42, 2)
mit L. 4 eod.
L. 22 § ult. 23. 24 D. ad L. Aquil. (9, 2)
L. 11 § 8 ss. u. 13 pr. D. de interrog. (11, 1)

ein Irrthum obgewaltet und zum Zugeständniße geführt haben soll, den im Römischen Rechte erwähnten Fällen einer restitutio ex capite erroris durchaus nicht analog. Anderntheils findet sich dafür, daß auch noch contra rem judicatam wegen Irthums Restitution jemals wäre gewährt worden, in den Römischen Rechtsquellen keinerlei Anhalt, auch steht dem sowohl direct die

L. 7 C. de jur. et fact. ign. (1, 18),

wonach causa decisa velamento (scil. erroris facti) non instauratur, als auch die Entscheidung entgegen, welche sich in

L. 36 D. fam. ercisc. (10, 2)
vgl. mit L. 1 C. de cond. ind. (4, 1)

findet. Denn hiernach soll, wenn irrthümlich Jemand vom Erben als Miterbe anerkannt und darauf hin ein förmliches judicium familiae erciscundae eingetreten und durch richterlichen Ausspruch erledigt ist, jede repetitio ebenso ausgeschlossen sein, wie wenn Jemand ex causa judicati ein indebitum gezahlt hätte; und für die vom Imploranten speciell zu seinen Gunsten geltend gemachte Ansicht,

Glück Commentar Th. 5 p. 86. 87

daß wenigstens Restitution gewährt werden müsse, sind nicht bloß nur wenige schriftstellerische Autoritäten, sondern auch ganz un-

zureichende Argumente vorgebracht, indem namentlich zwischen falschen oder gefälschten, von den Partheien oder dem Richter aber für echt gehaltenen eigentlichen Beweismitteln und zwischen einem bloß irrthümlichen Zugeständnisse eine Gleichheit, obschon beides in judicando zu demselben Resultate führen kann, keineswegs mit Glück a. a. O. anzunehmen ist.

66. Das repertum novum bei der in int. rest. muß den Partheien gegenüber ein relevantes novum in facto sein.

Aehnlich, wie mit den Nr. 64 u. 65 erörterten Restitutionsgründen, verhält es sich, wenn schließlich und hauptsächlich Implorant darauf sich berufen hat, es sei die ihm vom Cridar gewordene Mittheilung als ein novum repertum zu betrachten. Zwar kann es ihm nicht entgegenstehen, daß das Römische Recht selbst auf Grund neu aufgefundener Urkunden im Allgemeinen keine Restitution gegen rechtskräftige Urtheile gewährt wissen will,

vgl. Burchardi a. a. O. § 12 p. 185

und ebensowenig, daß die

Oberappellationsgerichts-Ordnung § 180

diesen Restitutionsgrund bloß da anerkennt, wo das angefochtene Erkenntniß auf einen nothwendigen Haupteid ergangen ist und dagegen neue Beweismittel aufgefunden sind. Denn es läßt die hier maßgebende

Provocat.-Ordn. von 1788 § 15

im Anschluß an die reichsgerichtliche Praxis

vgl. Burchardi a. a. O. p. 186. 187

Linde Lehre von den Rechtsmitteln Bd. 2 § 279

eine Restitution gegen rechtskräftige Urtheile ohne Einschränkung sowohl wegen neu aufgefundener „Beweisthümer," als überhaupt wegen neuen „Einbringens" zu, also auch, wenn nur neue, dienliche und erhebende Umstände in facto emergiren, wie es im

Gem. Besch. des R. K. G. vom 7. Juli 1669

heißt. In jure würde daher die ex capite novorum erbetene Restitution begründet sein, wenn nur in Implorantens Vorbringen ein geeignetes novum zu befinden wäre. Das aber ist nicht der Fall, indem derselbe dafür, daß der F.'sche Kaufcontract sich nicht auf

das Gesammt-Inventar bezogen habe, irgend welches Beweismittel überall nicht in Bezug genommen hat, noch auch neue erhebliche Thatsachen vorgebracht sind. Denn die Differenz selbst beider Mobiliar-Verzeichnisse, auf welche Implorant durch den Cridar aufmerksam gemacht sein will, hat von Anfang an bestanden, kann auch den Ausführungen der Nr. 61 nach nicht für erheblich erachtet werden. Die dem Imploranten neuerdings gewordene Mittheilung aber des Cridars bildet zwar für die Gläubiger und den Curator der Masse ein novum factum, stellt, an sich aber und gegenüber der vom Cridar noch vor der Concurs-Eröffnung im Proceß gemachten und für jene bindenden Erklärungen, sich nur als eine, auf Grund angeblich besserer Erinnerung oder Auffassung erfolgte anderweite Beurtheilung eines längst bekannten und im Proceß zur Sprache gekommenen Thatumstandes, nämlich bloß als abweichende Deutung jenes Kaufvertrages vom 21. Juni 1841 dar.

XXV.

Johanna Catharina Sch., vorher verehelichte B., geb. A. dahier, Klägerin

contra

Johann Nicolaus Sch. dahier, Beklagten.

Die Klägerin, die wegen Mißhandlungen von Seiten ihres Ehemannes die eheliche Wohnung verlassen hat, erhebt die Ehescheidungsklage: es handelt sich gegenwärtig um das Provisorium einer abgesonderten Wohnung und der vom Ehemann zu prästirenden Alimente. Das Stadtgericht erkannte am 28. Juni 1854:

1. der Klägerin wird für die Dauer des Rechtsstreites die Beibehaltung abgesonderter Wohnung gestattet;

2. Beklagter hat der Klägerin vom 1. Mai l. J. an wöchent-

lich fl. 15 Alimente zu verabfolgen und wird ihm zur Entrichtung des Rückstandes Frist von 8 Tagen vorberaumt.

Auf beiderseitige Appellation erhöhte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 13. September 1854 die Alimente auf fl. 18 wöchentlich. Auf Oberappellation des Beklagten und Adhäsion der Klägerin bestätigte, unter Compensation eines Viertheils der Kosten und Verurtheilung des Beklagten in die übrigen drei Viertheile, das Oberappellationsgericht am 16. October 1855 das appellationsgerichtliche Urtheil.

67. Richterliches Ermessen, den gegen provisorische Verfügungen bei Ehestreitigkeiten ergriffenen Rechtsmitteln den Suspensiveffect zu versagen.

Wenn der Beklagte mittelst seiner ersten Beschwerde die Versagung der aufschiebenden Wirkung in Betreff seiner Appellation gänzlich oder doch insoweit, als der ihm auferlegte wöchentliche Alimentenbetrag die Summe von fl. 18 übersteigt, zu beseitigen versucht hat, so konnte, abgesehen davon, daß nach dem Inhalt des jetzigen Urtheils diese Beschwerde ihr Interesse verloren hat, diesem Verlangen um deßwillen nicht entsprochen werden, weil es nach Gemeinem Rechte zum richterlichen Ermessen steht, in einem Falle, wo es sich um provisorische Trennung von Eheleuten und provisorische Zubilligung von Alimenten handelt, den gegen deßfallsige Verfügungen ergriffenen Rechtsmitteln die aufschiebende Wirkung zu versagen.

68. Richterliches Ermessen nach Frankfurter Gerichtsgebrauch in Betreff der provisorischen Trennung der Eheleute bei Scheidungsprocessen.

Das Oberappellationsgericht hat sich bereits wiederholt dahin ausgesprochen, daß nach Frankfurtischem Gerichtsgebrauche bei einer während eines Scheidungsprocesses zu gestattenden provisorischen Trennung nicht die Bedingungen des Canonischen Rechtes erfordert werden, sondern jene Trennung nach richterlichem Ermessen aus erheblichen und bescheinigten Gründen erkannt werden könne.

Fr. S. Rahnstadt c. Ehefrau 1839
Wecker Ehefrau c. Ehemann 1840
Hundt c. Ehefrau 1842.

Als erhebliche Gründe für die Genehmigung der von der Klägerin vorgenommenen eigenmächtigen Trennung mußten aber die wider sie in der Nacht vom 27. Februar v. J. verübten wörtlichen und thätlichen Mißhandlungen, deren Erneuerung sie zur Zeit der gänzlichen Ausweisung der J. aus Frankfurt, in Beihalt des aus den in den Polizei-, wie gerichtlichen Acten enthaltenen Aussagen genügend documentirten zu nahen Verhältnisses ihres Ehemannes zu besagtem Mädchen, nicht ohne Grund zu besorgen hatte, ebensowohl, wie die Versagung ausreichender Verpflegung und Beköstigung abseiten ihres Ehemannes nach der Entfernung der J. aus der ehelichen Wohnung erachtet werden. Beide Gründe sind auch ausreichend bescheinigt.

69. Bestimmung der Größe der provisorischen Alimente in dem Scheidungsprocesse.

Die vierte Beschwerde des Beklagten, mittelst welcher er die Herabsetzung des ihm auferlegten wöchentlichen Alimentenbeitrages auf fl. 5, höchstens fl. 8 und zwar, wofür es an jedem rechtlichen Grunde fehlt, nicht seit dem Tage der Zustellung der Klage, sondern seit dem Tage der gerichtsseitigen Auflage verlangt hat, sowie die Adhäsionsbeschwerde der Klägerin, mittelst welcher sie eine Erhöhung jenes Betrages auf fl. 25 erwirken will, sind unbegründet. Das Oberappellationsgericht hat sich bereits wiederholt und namentlich in

Fr. S. Rahnstadt c. Ehefrau 1839
Hundt c. Ehefrau 1842

dahin ausgesprochen, daß, da in Frankfurt die Einkünfte des inferirten Vermögens beider Eheleute deren gemeinschaftliches Eigenthum sind, bei einer während des Scheidungsprocesses gestatteten provisorischen Trennung jene Einkünfte nach den concreten Umständen und nach billigem Ermessen unter beide Ehegatten vertheilt werden müssen. Erwägt man nun, daß — — — — so gelangt man, selbst abgesehen von dem bestrittenen Besitz von

Wertheffecten, zu dem Ergebniß, daß das Einkommen des Beklagten auf fl. 3000 — fl. 4000 jährlich einstweilen angeschlagen werden kann, ein Betrag, welchem das in voriger Instanz ihm auferlegte, sich auf fl. 936 jährlich belaufende Alimentationsquantum als entsprechend erachtet werden durfte. Dabei versteht es sich jedoch von selbst, daß wenn die Klägerin den Nettoertrag des Vermögens in Gemäßheit ihrer Behauptungen liquide zu stellen vermöchte, sie eine Erhöhung der Alimente zu erwirken im Stande sein wird.

XXVI.

Benjamin Krebs u. Conf. dahier, Imploranten und Kläger

contra

das Bauamt der freien Stadt Frankfurt, Beklagte.

Das am Eck der alten Mainzergasse und der Ankergasse von der hiesigen Stadt zu erbauende Lagerhaus sollte eine Höhe von 65 Fuß erhalten, während das Gesetz vom 19. Mai 1853 in Straßen von einer geringeren Breite als 30 Fuß die Höhe der Gebäude auf das Maximum von 50 Fuß bestimmte. Die Nachbarn des Neubaues, Häuserbesitzer in der alten Mainzergasse und Ankergasse traten deßhalb klagend auf, um denselben entweder auf die gesetzliche Höhe gebracht oder eine größere Straßenbreite eingehalten zu sehen. Ohne die Klage dem Beklagten zur Erklärung mitzutheilen, wies das Stadtgericht am 6. Juni 1855 die Anträge der Kläger aus dem Grunde zurück, weil keine Justizsache vorliege. Auf Appellation der Kläger erkannte das Appellationsgericht am 29. Juni 1855 bestätigend, das Oberappellationsgericht dagegen am 20. October 1855 dahin abändernd, daß die erhobene Klage dem Beklagten zur Erklärung mitzutheilen, der Antrag auf Erkennung eines provisorischen Bauverbots aber

angebrachter Maßen abzuweisen sei. Die Kosten erster Instanz werden ausgesetzt, die Kosten zweiter und dritter Instanz compensirt.

70. Justiz- und Verwaltungssache. Vorschrift vom baupolizeilichen Character als Quelle einer wahren Rechtsbefugniß. Gesetzliche Servitut über die Höhe der Gebäude.

Die provisorische Proceßordnung vom 8. Februar 1820 enthält in Betreff der Zuständigkeit der Gerichte in Baustreitigkeiten keine singuläre Vorschrift, sondern nur die Anerkennung des allgemeinen Princips, daß die Competenz der Civilgerichte da, aber auch nur da eintrete, wo über Verletzung von Privatrechten geklagt wird. Die Zuständigkeit der Gerichte in vorliegender Sache ist daher unzweifelhaft insoweit begründet, als dieselben die Frage, ob den Klägern ein Privatrecht zustehe, vermöge dessen sie dem Neubau in seiner angeblich projectirten Höhe widersprechen können, einer Prüfung unterwerfen können und müssen. Die vorigen Gerichte haben diese Frage ohne Weiteres verneint, weil aus den gesetzlichen Bestimmungen, auf welche allein Kläger ihren Widerspruch gründen, privatrechtliche Befugnisse nicht abzuleiten seien. In dieser Auffassung der Natur jener gesetzlichen Bestimmungen kann denselben jedoch nicht beigetreten werden.

Allerdings steht es nicht zu verkennen, daß die Vorschriften, welche sich in den Frankfurter Gesetzen über die Höhe der in der Stadt zu errichtenden Gebäude finden, einen baupolizeilichen Character haben, wie es denn z. B. keinem Zweifel unterliegt, daß ein Bau über das gesetzliche Maximum hinaus, auch wenn alle betheiligten Nachbarn einwilligen, dennoch verboten bleibt, und daß, wenn ein Private versuchen wollte, jenes Maximum zu überschreiten, das Bauamt nach Cap. 9 § 1 des Baustatuts vom 11. Juni 1809 so berechtigt, als verpflichtet sein würde, dies im Administrationswege zu verhindern. Aus jenem baupolizeilichen Character der betreffenden Vorschriften folgt aber noch nicht ohne Weiteres, daß daraus privatrechtliche Befugnisse nicht hergeleitet werden können. Eine Bauvorschrift kann sehr wohl gleichzeitig den doppelten Zweck haben, das öffentliche Interesse zu fördern und den Nachbarn, die noch ein ganz anderes und viel drin-

genderes Interesse haben, als das übrige Publicum, zu dessen Schutze wahre Rechtsbefugnisse zu verleihen. Die Worte „nicht in baupolizeilicher Hinsicht" in art. 63 der prov. Proceßordnung stehen dieser Annahme nicht entgegen. Sie sollen nur darauf hinweisen, daß Verletzungen von Vorschriften, die lediglich baupolizeilicher Natur sind, sich nicht zur Verfolgung im Rechtswege eignen, schließen aber die Möglichkeit nicht aus, in einer Vorschrift von allerdings baupolizeilichem Character zugleich die Quelle einer wahren Rechtsbefugniß erkennen zu können. Dies um so weniger, als art. 63 cit. gar nichts Neues, sondern nur eine Recapitulation der Competenzbestimmungen in cap. 9 § 1 u. 2 des Baustatuts gibt, letzteres aber schon in der Einleitung die Tendenz ausspricht, der öffentlichen Staatspolizei und den Rechten des Privateigenthums Genüge zu thun, und in vielen einzelnen Bestimmungen desselben beide Rücksichten gleichzeitig festgehalten sind.

cf. z. B. cap. 1 § 10 — 26 cap. 2 § 4 cap. 3 § 1 cap. 4 § 1 — 5 cap. 6 § 6 — 8 cap. 10 § 1 — 5.

Es kommt hiernach Alles darauf an, ob es als Absicht der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen angesehen werden könne, den Hausbesitzern ein Recht darauf zu geben, daß ihre Nachbarn mit ihren Häusern das vorgeschriebene Maximum der Höhe nicht übersteigen. Diese Frage aber muß aus folgenden Gründen bejaht werden.

A. Das Interesse, welches ein Hausbesitzer dabei hat, daß ein ihm an= oder gegenüberliegendes Haus nicht über ein gewisses Maß in die Höhe geführt und ihm dadurch das Licht in seiner Wohnung entzogen oder doch verkümmert werde, ist ein rechtliches Interesse von großer Bedeutung und als solches in den Rechten anerkannt, indem eigene zur Wahrung desselben bestimmte Gerechtigkeiten — die servitus altius non tollendi und ne luminibus officiatur — vorkommen. Hält es nun der Gesetzgeber für angemessen, allgemeine das Höheverhältniß der Häuser normirende Vorschriften zu erlassen, so kann nicht bezweifelt werden, daß er dabei nicht allein durch Rücksichten der allgemeinen Wohlfahrt geleitet worden ist, sondern auch jenes specielle rechtliche Interesse der Nachbarn im Auge gehabt und sichern wollen;

und es ist schon im Allgemeinen Grund zu der Annahme vorhanden, daß den Nachbarn durch eine derartige gesetzliche Vorschrift ein rechtlicher Ersatz für dasjenige, was sie außerdem im Wege der Privatdisposition zu erreichen suchen müßten, hat geboten, also eine sogenannte gesetzliche Servitut hat begründet werden sollen. In diesem Sinne sind schon im Römischen Rechte Vorschriften über die Höhe der Häuser gegeben worden

L. 12 § 4 (nicht glossirt) vgl. mit L. 13 C. de aedificiis priv. (8, 10) verb: „quae de servitutibus loquitur"
cf. auch L. 1 § 17 D. de operis novi nunc. (39, 1)

und ebenso ist es die übereinstimmende Ansicht der Rechtslehrer, daß durch die Bestimmungen, welche die Bauverordnungen deutscher Städte über die Höhe der Gebäude enthalten, ein entsprechendes Verbietungsrecht der betheiligten Nachbarn begründet werde.

Mevius Comm. in Jus Lubec. Lib. III. tit. 12 art. 7 No. 26
Orth Anmerk. zur Frankf. Ref. Forts. III. p. 434
Mittermaier Deutsches Privatr. § 167 sub II. a.

B. In Frankfurt insbesondere schrieb

1. die Reformation in Th. VIII. tit. 2 § 1 für neu zu erbauende Häuser zwar noch nicht eine bestimmte Höhe, aber doch eine bestimmte Stockwerkszahl vor, die ohne des Raths besondere Vergünstigung nicht überschritten werden sollte. Daß im Falle des Zuwiderhandelns gegen diese Vorschrift die Nachbarn die Sache zur Entscheidung vor Schultheis und Schöffen bringen konnten, unterliegt nach tit. 9 ebensowenig einem Zweifel, als daß im Falle, wo dies geschehen, so lange eine besondere Vergünstigung durch den Rath nicht nachgewiesen wurde, das angerufene Schöffengericht auf Grund der erstерwähnten Bestimmung das Höherbauen untersagen mußte. Die Nachbarn hatten also, wie dies auch der Commentator der Reformation annimmt,

Orth l. c.

durch jene Vorschrift eine wahre, gerichtlich zu verfolgende Rechtsbefugniß zur Verhinderung eines, das gesetzliche Maß überschreitenden Baues erlangt. Hiergegen kann auch nicht die in der frag-

lichen Bestimmung zugelassene Ausnahme angeführt werden. Denn die Worte „besondere Vergünstigung" ebenso, wie der Umstand, daß der Rath selbst sich solche zu ertheilen vorbehalten, während in anderen Fällen die Bauherren zu einem freien Ermessen befugt sein sollten,

cf. z. B. tit. 5 § 6. 7

beweisen, daß hier nur die Ertheilung eigentlicher, von der gesetzgebenden Gewalt ausgehender Privilegien hat vorbehalten werden sollen.

2. Die Bauverordnung vom 27. Juli 1719 Nr. 3 verordnete für gewisse Neubauten eine bei den einzelnen Stockwerken einzuhaltende Schuhzahl und somit mittelbar eine bestimmte Höhe des ganzen Hauses, änderte aber im Uebrigen Nichts an den Bestimmungen der Reformation.

3. Das Baustatut vom 11. Juni 1809 kündigt sich freilich in der Einleitung als eine ganz neue, den achten Theil der Reformation abrogirende Gesetzgebung an, ist aber in der That nur eine Um- und Ueberarbeitung jener älteren Bau-Ordnung, an die es sich in Ueberschrift und Reihenfolge der Titel, Anordnung der Materien in demselben und der Mehrzahl der einzelnen Bestimmungen oft fast wörtlich anschließt. So findet sich namentlich auch die Vorschrift über die bei Neubauten einzuhaltende Höhe ganz an derselben Stelle und in demselben Zusammenhange, wie dort, und man hat keinen besonderen Grund zu der Annahme, daß es in der Absicht des neuen Gesetzes gelegen, den rechtlichen Character der älteren jetzt nur unbedeutend modificirten Normen zu verändern und den Nachbarn den Rechtsschutz, auf den sie bis dahin Anspruch hatten, zu entziehen. Gegen die Annahme einer solchen Absicht spricht vielmehr die in der Einleitung kundgegebene Tendenz, den Rechten des Privateigenthums ebenso, wie der öffentlichen Staatspolizei Genüge zu thun.

4. Das Gesetz vom 19. Mai 1853 art. 1 u. 2 enthält ebenfalls Nichts, was auf eine beabsichtigte Aenderung des seitherigen rechtlichen Characters der fraglichen Höhe-Bestimmungen hindeutete. Wenn dasselbe in art. 2 Absatz 2 für einen besonders bestimmten Fall den Senat ermächtigt, von Innehaltung der

gesetzlichen Vorschriften zu dispensiren, so liegt darin: daß diese Vorschriften in allen anderen Fällen absolut und unabhängig von einem jeden administrativen Ermessen zur Anwendung kommen sollen, und kann es nur als dieser Absicht entsprechend angesehen werden, daß demjenigen, welcher bei Beobachtung der fraglichen Vorschriften ein specielles rechtliches Interesse hat, auch ein Recht des Widerspruchs gegen deren Ueberschreitung eingeräumt werde.

Hiernach mußte, abweichend von den beiden vorigen Instanzen angenommen werden, daß aus den in Rede stehenden gesetzlichen Bestimmungen die betheiligten Hausbesitzer ein privatrechtliches und somit zur Verfolgung vor den Gerichten sich eignendes Widerspruchsrecht gegen einen das gesetzliche Maß übersteigenden Neubau allerdings herleiten können, und war, da ein sonstiger Grund zur sofortigen Zurückweisung der Klage nicht ersichtlich, auf deren Mittheilung an den Beklagten zur Vernehmlassung zu erkennen, dem Letzteren aber zu überlassen, seine Einwendungen und Einreden in erster Instanz vorzubringen.

71. Ein provisorisches Bauverbot kann nur durch persönliches Erbieten des Imploranten zu dem gesetzlich vorgeschriebenen Handgelöbniß erlangt werden.

Der Antrag auf Erlassung eines provisorischen Bauverbots dagegen mußte, obgleich im Uebrigen gegen denselben Nichts zu erinnern, deßhalb angebrachter Maßen verworfen werden, weil es an dem Erbieten der Kläger fehlt, das im § 65 der Proceß-Ordnung vorgeschriebene Handgelöbniß persönlich abzulegen, und der in dieser Gesetzesstelle bezeichnete Fall, wo solches Gelöbniß ausnahmsweise durch einen Specialbevollmächtigten geleistet werden kann, nicht vorliegt.

XXVII.

August Ludwig W. dahier, Kläger

contra

seine Ehefrau Johannette Wilhelmine, geb. S., als Vertreterin des von ihr am 27. April 1853 gebornen Kindes und den Curator ad litem dahier, Beklagte.

Die am 24. November 1852 mit dem Kläger ehelich getraute Beklagte gebar am 27. April 1853 ein Kind, über dessen status sich der gegenwärtige Proceß entspann, indem Kläger, sich alle Rechtszuständigkeiten gegen seine Frau vorbehaltend, die Klage gegen diese nur als Vertreterin ihres Kindes richtete und zugleich die Ernennung eines curator ad litem für dasselbe dem Gerichte anheimgab. Den Beklagten wurde rechtskräftig der Beweis nachgelassen, „daß Kläger seiner jetzigen Ehefrau zu einer der Geburt des gedachten Kindes entsprechenden Zeit geschlechtlich beigewohnt habe". Auf geführten Beweis der Beklagten erkannte das Stadtgericht am 13. März 1854, daß, falls der Kläger den Reinigungseid dahin ableiste, „daß er der Beklagten nicht während der Zeit vom 2. Juli bis 28. October 1852 geschlechtlich beigewohnt habe," das am 27. April 1853 geborene Kind der Beklagten als unehelich und nicht vom Kläger erzeugt erklärt werde. Auf Appellation der Beklagten und Adhäsion des Klägers erkannte unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten das Appellationsgericht am 26. April 1854, daß der von der Beklagten versuchte Zeugenbeweis als verfehlt zu erklären und in dessen Folge der Kläger den Schiedseid, vorbehaltlich dessen Zurückschiebung, in Betreff der Negative des Beweissatzes zu schwören habe. Nachdem die Beklagten die Oberappellation ausgeführt hatten, starb das fragliche Kind am 10. September 1854. Das Oberappellationsgericht erkannte am 27. October 1855, daß der vorliegende Proceß in der Hauptsache für erledigt zu

erachten, des Kostenpunktes wegen aber innerhalb 6 Wochen Anträge auf Reassumtion des Processes durch einen Rechtsnachfolger des rubricirten Kindes zu stellen seien, widrigenfalls die Sache ohne Weiteres auch in diesem Punkte für erledigt angesehen werden solle.

XXVIII.

August Ludwig Christian W. dahier, Kläger
contra
seine Ehefrau Johannette Wilhelmine, geb. S. dahier, Beklagte.

Während der vorstehende Proceß in Verhandlung war, trat Kläger mit einer Klage auf Ehenichtigkeits-Erklärung auf, weil Beklagte zur Zeit der Eingehung der Ehe aus dem geschlechtlichen Umgange mit einem Dritten schwanger gewesen wäre. Das Stadtgericht erkannte am 28. April 1854, daß je nach dem Endergebniß der Klage über den status des Kindes auch die zwischen den Partheien eingegangene Ehe für nichtig zu erklären sei oder nicht.

Auf Appellation der Beklagten wurde dies Erkenntniß vom Appellationsgericht am 3. Juli 1854 unter Verurtheilung derselben zum Kostenersatze bestätigt, während das Oberappellationsgericht am 27. October 1855, unter Compensation der Hälfte der Kosten voriger und dieser Instanz und Verurtheilung der Beklagten in die andere Hälfte, der Beklagten Beweis dahin nachließ, „daß Kläger ihr in einer der Geburt ihres Kindes entsprechenden Zeit geschlechtlich beigewohnt habe".

72. Eingehung der Ehe mit einer schwangeren Person als Ehenichtigkeit. Beweislast.

Dem Verlangen, daß dem Kläger in Betreff des Klagegrundes noch ein Beweis auferlegt werde, stand nicht zu entsprechen.

Allerdings ist es richtig, daß der Grund der Nichtigkeit einer mit einer schwangeren Person eingegangenen Ehe nicht sowohl in der Thatsache der Schwangerschaft, als vielmehr nur darin, daß diese Thatsache dem Manne unbekannt gewesen, gefunden werden kann. Allein da Derjenige, der sich mit einer ledigen Person verheirathet, voraussetzen kann und darf, daß dieselbe nicht schwanger sei, so steht ein besonderer Beweis darüber, daß diese Voraussetzung auch wirklich bei ihr vorhanden gewesen, nicht mehr von ihm zu fordern; es muß vielmehr bis zum Beweise des Gegentheils angenommen werden, daß er sich in einem, den Anspruch auf Nichtigerklärung der Ehe begründenden Irrthum befunden habe. Hiergegen kann auch nicht geltend gemacht werden, daß möglicher Weise der Mann selbst Urheber der Schwangerschaft und in diesem Falle doch von dem fraglichen Irrthum als Nichtigkeitsgrund der Ehe nicht die Rede sein könne. Denn dergleichen allgemeine Möglichkeiten begründen keine Präsumtion und können also auch eine Aenderung in der Beweispflicht nicht zur Folge haben.

73. Einwand, der Kläger habe den Zustand vorgerückter Schwangerschaft vor und unmittelbar nach der Hochzeit erfahren und gleichwohl die Ehe fortgesetzt.

Die Beschwerde, daß der Einwand der Beklagten: Kläger habe ihren Zustand vorgerückter Schwangerschaft vor und unmittelbar nach der Hochzeit erfahren und gleichwohl die Ehe mit ihr fortgesetzt, unberücksichtigt geblieben, mußte verworfen werden. Zwar nicht aus den Gründen des vorigen Urtheils; denn jener Einwand ist bereits in der Exceptionsschrift vorgebracht und steht zu dem anderen Einwande, daß Kläger selbst der Urheber der Schwangerschaft sei, nicht in directem Widerspruche (dies sprach das Appellationsgericht aus), sondern nur in einem eventuellen Verhältnisse. Allein es konnte in dem betreffenden Vorbringen der Beklagten nicht eine bestimmte thatsächliche Behauptung, sondern nur eine Schlußfolgerung aus andern thatsächlichen Momenten gefunden werden, die theils schon anderweit berücksichtigt sind, theils in rechtlichen Betracht nicht kommen können. Während nämlich Beklagte ausdrücklich erklärt, daß sie dem

Kläger über ihre zur Zeit der Eingehung der Ehe bereits vorhanden gewesene Schwangerschaft keine Mittheilung gemacht, stützt sie, dem ganzen Zusammenhange ihrer Vertheidigung in erster Instanz nach, die Annahme, daß Kläger gleichwohl jene Kenntniß gehabt, nur auf zwei Voraussetzungen. Einmal folgert sie dies aus dem von ihr behaupteten Umstande, daß Kläger selbst in einer der Geburt des Kindes entsprechenden Zeit mit ihr concumbirt hat. Ueber diesen Umstand, als den Grund einer andern selbstständigen Einrede, ist ihr aber bereits Beweis nachgelassen. Er muß also hier außer Betracht bleiben. Andererseits gründet sie ihre Behauptung jener beim Kläger vorhanden gewesenen Kenntniß darauf, daß derselbe in der Hochzeitsnacht und später Wahrnehmungen an ihrer Person hätte gemacht und machen müssen, die ihn über die Thatsache einer bereits vorgeschrittenen Schwangerschaft nicht hätten im Unklaren lassen können. Allein daß dem Kläger durch dergleichen Wahrnehmungen Gelegenheit zu einer Schlußfolgerung der fraglichen Art geboten war, genügt nicht, um zu der Annahme zu gelangen, demselben habe eine bestimmte und keinem Zweifel mehr Raum gebende Wissenschaft von der Thatsache einer vorehelichen Schwängerung der Beklagten beigewohnt. Und doch müßte eine solche bestimmte Wissenschaft vorliegen, um in dem fortgesetzten ehelichen Umgange einen Verzicht auf die Nichtigkeitsklage finden zu können.

74. Rechtskraft. Verhältniß des Statusprocesses zu dem Eheprocesse. Geltung des über den status einer Person einem justus contradictor gefällten Urtheils in Bezug auf Dritte.

Es konnte zwar der Beklagten

I. darin nicht willfahrt werden, daß ihr ganz allgemein der Beweis eines vorehelichen fleischlichen Umganges mit dem Kläger nachgelassen werde; indem letzterer deßhalb, weil er überhaupt irgend einmal vor Eingehung der Ehe mit der Beklagten concumbirt, noch nicht ohne Weiteres des Rechts verlustig erklärt werden könnte, die Nichtigsprechung der Ehe wegen einer nicht von ihm verursachten Schwangerschaft zu erlangen. Wohl aber mußte

II. dem Verlangen der Beklagten entsprochen werden, daß über die von den vorigen Gerichten bereits für erheblich erkannte Thatsache eines in einer der Geburt des Kindes entsprechenden Zeit zwischen ihr und dem Kläger vollzogenen Beischlafs in dem vorliegenden Processe ein besonderes Beweisverfahren eingeleitet werde. Es durfte nämlich

1. schon vom Standpunkte der vorigen Richter aus nicht angenommen werden, daß der Ausgang des in dem über den Status des Kindes anhängigen Processe in Betreff der erwähnten Thatsache bereits eingeleiteten Beweisverfahrens auch für den vorliegenden Proceß maßgebend sein werde. Denn

a. von eigentlich präjudicieller Natur ist der Status-Proceß so wenig für den Eheproceß überhaupt, als für die hier insbesondere in Betracht kommende Frage, ob Kläger mit der Beklagten in einer der Geburt des Kindes entsprechenden Zeit concumbirt habe. Es waltet vielmehr

b. zwischen beiden Processen nur ein Verhältniß der Priorität der Zeit ob, und jene Frage würde nur dann in dem vorliegenden Processe nicht selbstständig zur Entscheidung zu bringen, sondern bis zur Beendigung des darüber im Statusprocesse eröffneten Beweisverfahrens auszusetzen gewesen sein, wenn in diesem letzteren Processe eine zur Rechtskraft zwischen den Partheien des vorliegenden Rechtsstreites geeignete Entscheidung jener Frage zu erwarten gestanden hätte. Nun fehlt es aber gerade an der Identität der Partheien in beiden Rechtsstreiten: den vorliegenden führt Beklagte für ihre Person; in der wegen des Status des Kindes erhobenen Klage dagegen hat Kläger ausdrücklich erklärt: er wolle diese Klage gegen seine Frau „als Vertreterin ihres Kindes" erheben und „sich alle Rechtszuständigkeiten gegen seine Frau vorbehalten". Auch hat er dadurch, daß er dem Gerichte anheimgab, einen curator ad litem zu bestellen (— was dem Zusammenhange nach, wie es auch vom Stadtgericht geschehen, nur von einem dem Kinde zu bestellenden Curator verstanden werden kann —) und für diesen Fall eine Insinuation der Klage an seine Ehefrau nicht für erforderlich hielt, klar seine Intention zu erkennen gegeben, nur mit einem Vertreter des Kindes, nicht mit

der Frau für ihre Person, diesen Rechtsstreit führen zu wollen. Nun hat allerdings das Stadtgericht jene Klage sowohl der Ehefrau des Klägers, als dem von ihm dem Kinde bestellten curator ad litem zur Erklärung mitgetheilt; beide haben darauf ihre Erklärung gemeinschaftlich abgegeben und zugleich eine Widerklage auf Anerkennung des Kindes erhoben. Hierin kann indeß kein genügender Grund zu der Annahme gefunden werden, daß die Frau den Proceß in einer anderen Eigenschaft, als derjenigen, in der sie allein beklagt worden, führen wollen und geführt habe. Auch haben Kläger und Beklagte noch in der Appellationsinstanz des vorliegenden, die Nichtigkeitserklärung der Ehe betreffenden Rechtsstreits übereinstimmend anerkannt, daß der Statusproceß von der Ehefrau nur als Vertreterin ihres Kindes geführt worden sei und ist ebenso der in diesem letzteren Processe in dritter Instanz von der beklagten Seite aufgestellten Behauptung, daß, da das Kind inmittelst verstorben, ein Gegner für den Kläger nicht mehr vorhanden sei, von dem Letzteren kein Widerspruch entgegengesetzt worden. Endlich konnte

c. die Entscheidung der vorliegend in Betracht kommenden Frage von dem Ausgange des Statusprocesses nicht etwa deßhalb abhängig gemacht werden, weil das über den Status einer Person einem justus contradictor gegenüber gefällte Urtheil auch dritten Personen gegenüber Geltung erlangt.

Vangerow I § 173 Anm. 1 N. 7 (p. 324).

Denn dies kann sich nur auf den durch das Urtheil festgestellten status selbst beziehen, nicht aber dahin führen, daß durch ein solches Urtheil zugleich mittelbar über die Gültigkeit der Ehe in einem Verfahren, an dem die Ehefrau für ihre Person sich gar nicht betheiligt hat, entschieden werden könnte. Jedenfalls würde übrigens

2. auch wenn mit Recht in dem vorliegenden Processe bis dahin ein Beweisverfahren nicht eingeleitet worden, doch nach der dermaligen Sachlage ein solches noch angeordnet werden müssen. Denn der Statusproceß hat durch den am 8. September vorigen Jahres erfolgten Tod des Kindes in der Hauptsache seine

Erledigung gefunden. In ihm kann also die Frage, um die es sich handelt, nicht mehr zur endlichen Entscheidung gebracht werden.

XXIX.

Joh. Lorenz Binding dahier, Kläger und Widerbeklagter

contra

M. A. v. Rothschild u. Söhne dahier, Beklagte und Widerkläger.

Nachdem in Folge des, Band II. Nr. XCI. mitgetheilten Erkenntnisses die daselbst normirten Eide ihre Erledigung gefunden hatten, überreichte Kläger eine Liquidation, in welcher er die verschiedenen rechtskräftig erledigten Puncte zusammenstellte. Kläger beantragte ihm den Gewinn-Antheil mit fl. — sowie Zinsen, sammt Zinseszinsen zuzusprechen. Das Stadtgericht erkannte am 24. Oktober 1853 die Beklagten für schuldig, den Betrag von fl. — mit Zinsen zu 5% vom 9. April 1815 bis zum Tage der Zahlung — zu bezahlen, auch die Kosten erster Instanz, soweit darüber nicht schon früher erkannt ist, zu ersetzen. Auf beiderseitige Appellation und Antrag des Beklagten auf Actenversendung bestätigte das Spruchcollegium zu Leipzig am 29. März 1854 das erstinstanzliche Urtheil mit Ausnahme, daß die Kosten erster Instanz compensirt wurden, während auf beiderseitige Oberappellation das Oberappellationsgericht am 26. November 1855, einen Rechnungsfehler berichtigend, den Anfangspunct der Zinsen auf den 28. December 1815 setzte, auch dem Kläger noch Beweis vorbehielt, daß er vor dem 28. December 1815 die Beklagten zur Ausantwortung des Gewinn-Antheils aufgefordert habe, endlich den Beklagten die Kosten erster Instanz vom 5. August 1834 bis 1. Juni 1835 zu ³/₄, die seit dem letztgenann-

ten Tag erwachsenen sämmtlich, soweit noch nicht darüber erkannt worden, zu erstatten aufgab und nur das Viertheil der erstgedachten Kosten compensirte.

75. Rechtskraft. Rechnungsfehler.

Da Rechnungsfehler niemals in Rechtskraft übergehen, es wäre denn, daß über einen Rechnungsfehler selbst (und zwar unrichtig) entschieden sein sollte, — da sie vielmehr, sobald sie entdeckt werden, sofort zu berichtigen sind

L. 1 D. quae sent. sine appell. resc. (49, 8)

L. 1 C. de errore calculi (2, 5)

so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Wiederherstellung der richtigen Summe von fl. — ohne Weiteres auf Grund des in der Appellationsbeschwerde implicite mit enthaltenen Berichtigungsantrages vorzunehmen ist.

Fr. S. Weidenbusch c. Barxel 1835.

76. Welche Erfordernisse gehören zum Widerrufe eines gerichtlichen Geständnisses? Verjährung der in integrum restitutio.

Nachdem die Beklagten bis zum Jahr 1844 keine Erinnerung gegen die von ihnen angegebenen Zahlungen im Betrage von fl. —, welche sie von dem Gouvernement empfangen hatten, erhoben hatten, traten sie im Juni 1844 mit der Behauptung auf, sie hegten Zweifel, daß zwei Wechsel im Betrage von fl. — eingegangen seien, und, ohne daß die Beklagten diesen Gegenstand weiter berührten, kamen sie im Juli 1853 mit der detaillirteren Bemerkung hierauf zurück, daß in ihren Handlungsbüchern keine Spur der erhaltenen Zahlung sei. Sie beantragten Beseitigung dieser fl. — aus der Rechnungsaufstellung, eventualiter mittelst in integrum restitutio, allenfalls erboten sie sich zur Beweisführung, indem sie den Beweis gleich antraten.

Das Stadtgericht hat diese Anträge verworfen — — und daß dieser Entscheidung beizutreten war, ergibt sich aus nachfolgenden Erwägungen.

1. Der einfache, nicht etwa zeitig erfolgte Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses im Laufe des Processes hat an sich keine Wirkung. Es bedarf einer in integrum restitutio.

2. Der Beweis der Unwahrheit des Gestandenen genügt hier allein nicht; der Beweis eines entschuldbaren Irrthums muß hinzutreten.

Savigny System VII. p. 31 nte. c. d.

Fr. S. Stiebel c. Leonhard u. Blum 1837.

3. Die mit Ablauf eines quadriennium eintretende Verjährung der Restitution ist nicht nach den Grundsätzen der Klagenverjährung zu beurtheilen, hat vielmehr die Natur einer versäumten Proceßfrist;

Savigny l. c. p. 242 nte. i.

sie ist mithin von dem Richter ex officio zu berücksichtigen.

4. Eine Unterbrechung der Verjährung erfolgt nur durch Insinuation des Restitutionsgesuches.

Savigny l. c. p. 253/254.

Von einer Versetzung in bösen Glauben kann dabei überhaupt nicht die Rede sein, und auf keinen Fall könnte eine solche herbeigeführt werden durch eine Erklärung, man glaube im Stande zu sein, von Restitution Gebrauch zu machen.

5. Der Lauf des quadriennium restitutionis beginnt dann, wenn der, den Restitutionsgrund bildende abnorme Zustand aufhört, im Fall eines Irrthums also, wenn dieser letztere bemerkt wird.

Savigny l. c. p. 245. 247 ss.

6. Endlich wird gegen rechtskräftige Erkenntnisse keine Restitution auf Grund irrthümlicher Angaben ertheilt.

Fr. S. Schmidt Debitmasse c. F. (vgl. oben Nr. 65)

Die vorstehenden Sätze finden sämmtlich in der vorliegenden Sache Anwendung.

77. Actio pro socio. Rechtskraft. Zinsen, die der socius für Aufwendungen aus eigenen Mitteln verlangen kann, sind, wenn nicht eingeklagt, nicht zuzuerkennen.

Die Beklagten beantragen, daß ihnen dem Gemeinschaftsverhältnisse gegenüber, ein Belauf von fl. — zu Gute gerechnet werde, welcher ihnen als Zinsen derjenigen Geldbeträge zugekommen sei, mit welchen sie zur Abwickelung des gemeinschaftlichen Geschäftes für selbiges in Vorschuß sich befunden hätten. Sie verlangen eventualiter, daß ihnen vorbehalten werden möge, diese

Zinsforderung in separato geltend machen zu dürfen. Es kann indessen, abgesehen von den materiellen, schon aus formellen Gründen weder dem principalen, noch dem eventuellen Antrage der Beklagten entsprochen werden. Es ist eine unrichtige Darstellung der Beklagten, daß erst jetzt die Verhandlung zwischen den Partheien über die Feststellung ihrer Forderungen und Gegenforderungen im Werke sei. Der Abschnitt der Proceßverhandlungen, in welchem es darauf angekommen, liegt in der Vergangenheit. Die „Liquidation", mit welcher der Kläger im Juni 1853 hervortrat und auf welche das Stadtgericht zweckmäßiger Weise eine Verhandlung anordnete, war als ein Vortrag anzusehen, in welchem der Kläger nur die Conclusionen aus der großen Anzahl successive erfolgter Entscheidungen der einzelnen Streitpuncte zu ziehen, und das schließliche Resultat, wie es aus den festgestellten Factoren sich ergab, in Zahlen darzustellen bemüht war. Die ferneren Verhandlungen bewegten sich ebenfalls nur auf der Basis der rechtskräftig erledigten Sache, und so wenig, wie der Kläger einen neuen Klaganspruch hätte geltend machen dürfen, ebensowenig waren die Beklagten berechtigt, mit einem neuen Exceptional- oder Reconventional-Momente hervorzutreten.

Das letztere ist nun durch die Geltendmachung der fl. — in der That versucht worden. Handelte es sich nun um ein, durch selbstständigen Klaganspruch zu verfolgendes Recht der Beklagten, so würde die aus dem Obigen sich ergebende, zunächst nur auf den vorliegenden Proceß sich beziehende Präclusion ihnen für ein späteres Verfahren an sich nicht im Wege stehen; indessen liegt ein Anspruch der bezeichneten Art hier nicht vor. Der Kläger hat mit der actio pro socio Rechnungs-Ablegung und Vertheilung des Gewinnes gefordert, die Beklagten sind ihrerseits mit derselben auch ihnen zustehenden Klage gegen den Kläger reconveniendo hervorgetreten, wenngleich ihrerseits nur Feststellung des Verlust-Betrages und Herauszahlung des dem Kläger zu viel Zugekommenen gefordert wurde. Bei dieser Sachlage war es ein Selbstverstand, daß beide Theile alle ihnen ex societate resp. zustehenden Ansprüche und Einreden in dem gegenwärtigen Verfahren geltend machen mußten und daß das auf die schließliche

Auseinandersetzung der socii gerichtete Erkenntniß res judicata in Betreff des Societäts-Verhältnisses machte. — Ansprüche aus dem letzteren, welche etwa nicht vorgebracht sein sollten, würden demzufolge erloschen sein. — Daß nun der Anspruch auf die hier in Rede stehende Zinsenvergütung dem Societäts-Verhältnisse angehört, liegt klar vor.

Abgesehen hiervon ist der Anspruch auf die hier in Rede stehenden Zinsen sowohl in Beziehung auf den gegenwärtigen Rechtsstreit, wie für eine etwa spätere Geltendmachung auch um deßwillen verloren, weil die in Rede stehenden Zinsen in der That nicht auf einem selbstständigen Obligationsgrunde beruhen, sondern zu denjenigen gehören, welche officio judicis continentur, und letztere, wenn nicht zeitig im Processe geltend gemacht, unwiederbringlich verloren sind.

L. 67 § 2 D. pro socio (17, 2)

Puchta Pandecten § 227 nte. p.

78. Proceßzinsen vom Momente der Insinuation der im präparatorischen Verfahren angestellten Klage an. Verzugs- und Proceßzinsen sind indistincte vom Beginn der mora oder des Processes bis zu deren Ende zuzusprechen.

In Betreff der Zinsen auf das adjudicatum mußte der beklagtische Antrag, den Anfang des Zinsenlaufes erst mit dem Beginne des Hauptprocesses (August 1834) eintreten zu lassen, als jedenfalls unbegründet erscheinen; vielmehr war, abgesehen davon, ob nicht etwa aus besonderen Gründen die Verzinsungspflicht, wie dies der Kläger behauptet, schon früher eingetreten sein sollte, der 28. December 1815 — derjenige Tag, an welchem den Beklagten die erste (Editions-) Klage insinuirt worden — als der Anfangszeitpunct der Zinsenvergütung anzusehen. Zwar lassen sich drei Abschnitte der zwischen den Partheien geführten Verhandlungen unterscheiden, der erste Editionsproceß, der zweite Editionsproceß und der sogenannte Hauptproceß. Allein diese drei Abschnitte bilden doch in Wirklichkeit nur Theile eines Processes, ohne daß es dieser Auffassung entgegensteht, daß die beiden ersten Abschnitte einen präparatorischen Character im Verhältnisse zu dem eigentlichen Rechnungsprocesse gehabt haben. — — —

Zinsen werden in Berücksichtigung des Vorstehenden schon als Proceßzinsen, vom Tage der Insinuation des in dem ersten Editions-Processe erlassenen ersten Decretes an, dem Kläger zuzusprechen sein. Außerdem würde in der Anstellung der Editionsklage und zwar schon in derjenigen der ersteren, eine deutlich ausgesprochene Mahnung in Betreff des dem Kläger zukommenden Gewinnantheils zu erblicken sein und auch aus diesem Grund eine Verzinsungspflicht seit dem bezeichneten Zeitraum angenommen werden müssen.

Hiermit erledigt sich die beklagtische Beschwerde, soweit sie auf den terminus usurarum a quo sich bezieht. — — — Es wird am passendsten sein, an dieser Stelle den von den Beklagten gestellten Antrag in Erwägung zu ziehen, daß bei der Zinsenberechnung derjenige Zeitraum, welcher auf die Verhandlungen über das juramentum in litem verwendet worden ist, und zwar genauer die Zeit von dem jenes juramentum für unstatthaft erklärenden Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 9. September 1831 bis zu dem dasselbe wiederherstellenden Oberappellationsgerichts-Erkenntnisse vom 30. Juni 1834 in Ausfall zu bringen sei. Diesem Antrag konnte nicht entsprochen werden. Nicht sowohl, weil, wie der Kläger geltend macht, aus dem zwischen jenen Erkenntnissen in der Mitte liegenden Erlanger Facultäts-Erkenntnisse vom 2. August 1833 erhellt, daß der Kläger nicht ohne Grund Zulassung zu dem bezeichneten Eide verlangt, und nach Zurückweisung seines Verlangens appellirt habe, sondern weil bei der Berechnung der Verzugs- und speciell der Proceß-Zinsen Unterscheidungen, wie die Beklagten hier gemacht wissen wollen, keine Billigung finden können. Der Gesichtspunct, daß die Entziehung des dem Kläger definitiv zuzuerkennenden Geldbetrags einerseits und die Möglichkeit und selbst Wahrscheinlichkeit der Nutzbarmachung des letzteren auf Seiten der Beklagten andererseits ununterbrochen fortgebauert hat,

Savigny System VI. p. 147/148

— ohne Zweifel in Verbindung mit der Erwägung, daß bei einem Nebenpuncte, wie Verzugs- oder Proceß-Zinsen minutiöse Untersuchungen darüber, ob die mora der Beklagten durch ungehörige

Maßregeln des Klägers zeitweilig als aufgehoben oder doch effectlos gemacht anzusehen gewesen sei, nicht motivirt erscheinen — hat zu der in der Praxis feststehenden Regel geführt, daß Verzugs- und Proceß-Zinsen indistincte für alle Zeiträume vom Beginne der mora oder des Processes bis zu dessen Ende zugesprochen werden.

79. Verzinsung des der Gemeinschaft gehörigen Capitals. Versetzung in mora.

Anlangend den Antrag des Klägers, Zinsen schon vom 15. Januar 1814 als demjenigen Tage, an welchem die Beklagten die letzte Zahlung von dem damaligen Frankfurtischen Gouvernement erhalten haben, zuzuerkennen, — — so würde freilich kein Bedenken vorhanden sein, dem klägerischen Antrage zu entsprechen, wenn angenommen werden könnte, daß schon mit dem 15. Januar 1814 ein den Partheien gemeinschaftlich gehöriges Capital existent geworden wäre und als solches im Besitz der Beklagten sich befunden hätte. Denn dann würde nach der

L. 1 § 1 D. de usuris (22, 1),

weil die Beklagten „pecuniam communem in suos usus converterint“ und zwar „etiam mora non interveniente“, die Verpflichtung zur Zinsenvergütung als eingetreten anzunehmen gewesen sein. Ein in suos usus convertere der Beklagten wäre nämlich im vorliegenden Falle, wo die Beklagten Kaufleute und speciell Banquiers sind, nicht besonders zu beweisen gewesen, da unter den angegebenen Umständen die Vermuthung für die Nutzbarmachung der Gelder in dem Besitze der Beklagten gesprochen haben würde.

Allein eine communis pecunia konnte damals noch nicht als vorhanden angenommen werden. Die Beklagten erhoben die Gouvernementszahlungen nicht für die Gemeinschaft, sondern für sich, und mithin wurden selbst nicht diejenigen Theile jener Zahlungen, welche die Gesammtsumme der für die Anschaffung des Lieferungsgegenstandes verausgabten Gelder überstiegen, zu gemeinschaftlichen Geldbeträgen beider Partheien. Nur eine Verpflichtung, den vorgedachten Ueberschuß gemeinschaftlich zu machen, bestand auf Seiten der Beklagten, und mithin hätte erst, wenn die Beklagten in Betreff dieser Verbindlichkeit in mora

versetzt gewesen wären, eine Verzinsungspflicht angenommen werden können.

Auch die Berufung des Klägers auf die

L. 60 pr. D. pro socio (17, 2)

ist wirkungslos. Denn dieses Gesetz, welches freilich nicht, wie die L. 1 D. de usuris (22, 1) eine pecunia communis voraussetzt, sondern von der hier in Betracht kommenden Verpflichtung des einen socius redet, seinem Theilnehmer oder seinen Theilnehmern deren Gewinnantheile auszukehren, schreibt für die Unterlassung dieser Verbindlichkeit Verzinsungspflicht nur dann vor, wenn mora und Nutzbarmachung des Geldes anzunehmen sein sollte. Vergl. über die richtige Auslegung dieser L.

Glück Commentar XV. p. 447 nte. 77.

80. Zinsen von Zinsen.

Der Kläger verlangt, daß ihm nicht nur, wie von den früheren Instanzen geschehen, einfache Zinsen, sondern außerdem Zinsen der Zinsen zugesprochen werden sollten. Nun stehen aber diesem Verlangen das absolute Verbot der usurae usurarum im Römischen Rechte

L. 28 D. de usuris (4, 32)

L. 3 Cod. de usur. rei jud (7, 54) (usurarum usuras penitus esse delendas)

und dessen, von dem Kläger ohne Grund bestrittene Reception in die deutsche Praxis entschieden entgegen. Ueber diese letztere finden sich zahlreiche Zeugnisse bei

Glück Commentar Bd. 21 p. 119 nte. 52/53

und auch die neueren Rechtslehrer stimmen über die fortdauernde Gültigkeit jenes Verbotes überein,

Thibaut Pandecten § 285

Wening-Ingenheim III. § 12

Mühlenbruch III. § 362

Göschen Vorlesungen § 408 III. p. 120

Savigny System I. p. 179

Puchta Pandecten § 229

wie denn auch neuere Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe sich in gleicher Weise erklärt haben,

Seuffert Archiv III. p. 192—195 VII. p. 341/342,

so daß nur, insofern Kaufleute mit einander in Conto-Corrent-Berechnung stehen, eine Ausnahme zu statuiren ist. Anlangend speciell das zu Frankfurt geltende Recht, so erkennen nicht nur die dortigen Schriftsteller das Verbot der usurae usurarum als bestehend und in der Praxis wirksam an,

Orth Fortſ. I. p. 159.

Adlerflycht § 417 init. (III. p. 740).

Bender p. 353

sondern dasselbe findet sich auch ausdrücklich in der

Ref. II. 12 § 5

ausgesprochen, insofern der „Umbschlag" selbst denjenigen (den Juden) untersagt ist, welche im Uebrigen in Betreff des Zinsennehmens einiger Maßen bevorrechtet waren.

Die verschiedenen Argumentationen, durch welche der Kläger das gesetzliche Verbot zu umgehen sucht, insofern der Gesichtspunct des Interesses, der Bereicherung, der negotiorum gestio u. s. w. in Betracht komme, sind schon an sich bei der klaren Bestimmung der angezogenen Gesetze („nullo modo licere" „penitus esse delendas") hinfällig; außerdem könnten sie auch deßhalb keine Berücksichtigung finden, weil der Kläger, wenn er besondere Rechtstitel hätte geltend machen wollen, um eine Summe, welche im Resultat einer Anatocismus-Berechnung gleich oder nahe gekommen wäre, zu fordern, dies in der Klage, oder doch zu einem geeigneten Zeitpuncte vor dem Schlusse der Instruction hätte thun müssen.

81. Anwachsung der Zinsen über den Betrag des Capitals ohne ruhiges Zuwarten des Creditors.

Es handelt sich hier um denjenigen Belauf, welcher dem Kläger über den Betrag des Kapitals hinaus „ultra alterum tantum" an Zinsen von den beiden früheren Instanzen zuerkannt worden ist. Diese Beschwerde ist unverkennbar geeignet, erhebliche Bedenken zu erregen; denn das Verbot der usurae ultra

alterum tantum ist mit derselben Bestimmtheit und Allgemeinheit im Römischen Rechte ausgesprochen, wie dasjenige der usurae usurarum.

L. 26 § 1 D. de cond. indeb. (12, 6)

L. 10 und L. 27 § 1 C. de usuris (4, 32)

Auch hat das Oberappellationsgericht in früheren Entscheidungen, namentlich auch in Frankfurtischen Sachen jenes Verbot als in der Praxis schlechthin anwendbar behandelt.

Präjudicate bei Bender Pr. R. p. 353 Nr. 5.

Gleichwohl mußte nach nochmaliger Erwägung dieses Punctes und in Berücksichtigung einer vielfältig bezeugten gemeinrechtlichen Praxis z. B.

Pufendorff observat. jur. civ. I. obs. 14 § 6

Struben rechtliche Bedenken I. Bed. 123

Kind quaest. for. T. IV. cap. 47 § 259

Pfeiffer rechtliche Ausf. VII. p. 42

Seuffert Archiv II. p. 339

die frühere Auffassung verlassen und das Verbot der usurae ultra alterum tantum als nur diejenige Fälle treffend behandelt werden, in welchen der Gläubiger die Zinsen ruhig über den Belauf der Capitalien hat anschwellen lassen und nicht die ihm zu Gebote stehenden Mittel, nämlich gerichtliche Schritte oder denselben gleich zu achtende Maßregeln (z. B. gerichtliche Protestationen contra debitorem absentem) angewendet hat, um zur Zahlung der Zinsen zu gelangen.

In Betreff des zu Frankfurt geltenden Rechtes insbesondere sprach für diese Auffassung, daß die Reformation keine Bestimmungen über den fraglichen Gegenstand enthält, und daß schon

Orth 1te Forts. p. 102 — 105

denselben für controvers erklärt und auf die das alterum tantum überschreitende Praxis des Reichskammergerichtes hinweist, wie denn auch die klägerischen Angaben über, in neuerer Zeit vom Stadtgerichte, sowie von Facultäten in Frankfurtischen Rechtssachen abgegebene Erkenntnisse, durch welche der fragliche Rechtssatz im obigen Sinne behandelt worden sei, beklagtischer Seits ohne Widerspruch geblieben sind.

82. Grundsätze über Kostenersatz.

Was nun die Kosten der ersten Instanz, in Betreff welcher bis jetzt noch nicht rechtskräftig entschieden ist, anlangt, so würde eine Compensation derselben — auf welche die Beklagten antragen — nicht gerechtfertigt werden können, und zwar so wenig in Betracht des Ausganges des Processes, als nach der Art und Weise, in welcher die Partheien in selbigem verfahren sind.

Anlangend den Ausgang des Processes, so ist derselbe im Wesentlichen den Anträgen des Klägers entsprechend gewesen. Derselbe hat einen ihm aus dem Geschäft zukommenden Gewinn-Antheil — welcher ihm von den Beklagten gänzlich streitig gemacht worden ist — in Anspruch genommen und ein solcher ist ihm schließlich zugesprochen worden. Daß statt ursprünglich geforderter fl. —, — des anfänglich mit in litem gebrachten Antheils an einer angeblichen Extra-Gratification von fl. – wird demnächst besonders Erwähnung geschehen —, dem Kläger schließlich circa $\frac{1}{5}$ weniger zugesprochen worden sind, beruht hauptsächlich auf Umständen, welche der Proceßführung des Klägers nicht zum erheblichen Vorwurf gereichen. — — — — Bedeutungslos sind vollends für den Kostenpunct die wenigen kleinen Differenzpuncte, in Betreff deren dem Kläger schließlich nicht dasjenige zugesprochen worden ist, was er ursprünglich in Anspruch genommen hat. Auch kommt hier in Betracht, daß die Sachverständigen, welche einige Spesen-Ansätze des Klägers für etwas zu hoch berechnet erklärt haben, in Betreff anderer Posten der Ansicht gewesen sind, daß dieselben das gewöhnliche Maß nicht erreichten. Konnte auch dem Kläger für die Posten der letztgedachten Art nicht mehr zugesprochen werden, als er verlangt hatte, so erhellt doch aus dem vorbemerkten Umstande, daß ihm hier keine schuldvolle Pluspetition zur Last zu bringen sein würde, wenn es überhaupt auf diese geringfügigen Umstände ankäme.

In der Widerklage haben die Beklagten gänzlich unterlegen.

Was die Art und Weise der Proceßführung auf Seiten der Beklagten betrifft, so kann dieselbe auf keine Weise gebilligt werden. Nur dem Bestreiten aller und jeder klägerischen Angaben,

nur ihren ausweichenden und verzögerlichen Maßregeln und der Anwendung selbst solcher Proceduren, von denen sie selbst keinen Erfolg erwarten konnten, ist die ungewöhnliche Dauer des Processes und die große Anzahl solcher Proceßhandlungen beizumessen, zu denen es bei loyaler Proceßführung nicht gekommen sein würde. — Hat nun auch diesem Verfahren gegenüber die klägerische Parthei Alles aufgeboten, was an processualischen Mitteln zum Widerstande sich darbot, so ist dies doch nur zur Abwehr der beklagtischen Maßregeln geschehen, und obschon das Bestreben des Klägers bekundet worden ist, möglichst viel zu verlangen, so ist doch zugleich immer auf eine baldigst mögliche Beendigung des Processes von ihm hingewirkt worden.

Nach dem Bemerkten und da der Umstand, daß eine große Anzahl der Streitpuncte durch Eidesleistung erledigt worden ist, eine Compensation der Kosten nicht zu rechtfertigen vermag, scheint eine Verurtheilung der Beklagten in die hier besprochenen Kosten motivirt und nur in einer Beziehung ist Grund zu einer Ausnahme vorhanden. Der Kläger hat die bereits vorhin erwähnte Behauptung der den Beklagten vom Gouvernement zugesicherten Extra=Gratification von fl. — aufgestellt, ohne daß er, zufolge der Acten, irgend einen Anhaltspunct hierfür gehabt hätte. Das Unterliegen mit dem hierauf gestellten Antrage stellt sich demnach als eine nicht entschuldbare Pluspetition dar, und den Umständen nach ist dieser letzteren die Wirkung beizulegen, daß ein Viertheil der in erster Instanz vom 5. August 1834 bis zum 1. Juni 1835 aufgelaufenen Kosten zu compensiren, wogegen die Beklagten zur Tragung und Erstattung der übrigen hier in Betracht kommenden Kosten zu verurtheilen sind.

XXX.

Moritz Bauer zu Wien, Kläger
contra
die Curatoren des J. L. Lemme dahier, Beklagte.

Kläger klagt zwei Forderungen aus zwei Cessionsurkunden ein, bei welchen der beklagte Curand dem Cessionar gegenüber die Richtigkeit der Schuld bestätigt hat. Unter Anderem behaupten die Beklagten, die die Unterschrift des Cedenten ableugnen, daß die Cessionsurkunden nur zum Scheine ausgestellt seien, um andere Rechtsgeschäfte zu verdecken; auch habe der Kläger den Kaufpreis der Cession gar nicht bezahlt. Das Stadtgericht erkannte am 4. Februar 1852 auf den Beweis

1. des Klägers, daß die auf den Cessionsurkunden befindlichen Unterschriften der Cedenten Baron von Bothmer und resp. Joseph Perlmutter echt seien;

2. des Beklagten Theiles, daß die Urkunden — nur zum Schein ausgestellt seien und daß es nicht die Absicht der Partheien gewesen sei, die in denselben erwähnten Rechtsgeschäfte in Wirklichkeit abzuschließen 2c.

Auf beiderseitige Appellation und klägerischen Antrag auf Actenversendung erkannte unter Kostencompensation und unter Verfällung des Klägers in die Transmissionskosten das Spruchcollegium zu Tübingen am 10. Mai 1854, daß Kläger mit dem Beweise sub 1 zu verschonen, auch in Betreff des beklagtischen Beweises sub 2 statt der Worte „und daß es nicht die Absicht — abzuschließen" die Worte „um dahinter ein zwischen den Partheien wirklich stattgefundenes anderes Rechtsgeschäft zu verstecken" zu setzen seien.

Dieses Urtheil wurde auf Oberappellation der Beklagten unter deren Verurtheilung in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 29. November 1855 bestätigt.

83. Beweis der Cession durch die dem Cessionar gegenüber erklärte Schuld-Anerkennung.

Bei wesentlich ganz gleicher Lage der Sache ist bereits in zwei früheren Rechtssachen der jetzigen Beklagten

Klemm c. Lemme 1853

Wiesenburg c. Lemme 1853

(Vergl. Bd. I. p. 57)

vom Oberappellationsgerichte gleichmäßig angenommen worden, daß durch die dem Cessionar gegenüber erklärte Schuld-Anerkennung zugleich der Beweis der Cession als erbracht anzusehen sei.

84. Gehört Berichtigung der Cessions-Valuta zur Sachlegitimation des klagenden Cessionars?

Die zweite Beschwerde der Beklagten geht dahin, daß ihnen der Beweis der behaupteten Nichtberichtigung der Cessionsvaluta hätte nachgelassen werden müssen. Es steht nun

1. soviel außer Zweifel, daß es den Beklagten durch die beiden vorigen Erkenntnisse nicht abgeschnitten worden ist, von der fraglichen Behauptung bei der Beweisführung über die Einrede der Simulation Gebrauch zu machen. — — — Ebensowenig konnte

2. die aus der fraglichen Behauptung hergenommene selbstständige Einrede gegen die Sachlegitimation des Klägers für erheblich erachtet werden.

Dem Entscheidungsgrunde der sententia a qua, daß nach der eigenen Behauptung der Beklagten der Kläger selbst zwei Darlehen hergegeben habe und nur fingirte Cessionen hinzugetreten seien, darum aber auf die Frage, ob die Zahlung der Cessions-Valuta zur Rechtsgültigkeit der Cessionen erforderlich sei oder nicht, gar nichts ankomme, ließ sich allerdings nicht beipflichten. Denn die vorgeschützte Fiction der Cessionen ist eine noch unbewiesene Einrede, und es kann den Beklagten nicht benommen sein, für den Fall, daß ihnen deren Beweis mißlingen sollte, noch weiter gegen die Wirksamkeit der Cessionen vorgeschützte Einreden zu verfolgen.

Allein die Einrede ist an sich unbegründet. Es kann hier

dahingestellt bleiben, ob gemeinrechtlich ein Cessionar bei Geltendmachung der cedirten Forderung sich über den Rechtstitel der Uebertragung auszuweisen verbunden sei oder ob nicht schon die Cession selbst, als **mandatum actionis**, den Cessionar zur gerichtlichen Verfolgung befähige; denn jedenfalls muß letzteres nach dem hier entscheidenden Oesterreichischen Rechte angenommen werden, da in § 1392. 1394—96 des Oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuches der Uebergang der Forderung lediglich von dem Acte der Abtretung und der dazu kommenden Benachrichtigung des Schuldners abhängig gemacht worden ist. Im vorliegenden Falle ist überdies die ohne Angabe irgend eines Rechtstitels der Cession angestellte Klage bereits rechtskräftig zugelassen worden. Wenn somit aber der Cessionsact allein zur Sachlegitimation des Klägers ausreichte und als ausreichend anerkannt wurde, so folgt, daß es auch unerheblich sein würde, wenn ein Mangel an dem vorausgegangenen Rechtstitel nachgewiesen werden sollte. Nur dann würde dies an dem Cessionsacte etwas ändern, wenn der Cedent einen dahin gehenden Umstand zur Bedingung seiner Abtretung gemacht hätte. Daß aber aus der einfachen Erwähnung der berichtigten Cessions-Valuta in den vorliegenden Urkunden eine solche Bedingung zu folgern sei, ist eine, keiner Widerlegung bedürfende Behauptung der Beklagten.

Auch würde es zu keinem anderen Resultate führen, wenn man auf die Auffassung der Beklagten eingehen wollte, daß, weil die Berichtigung der Cessions-Valuta erwähnt sei, ein Kauf als Titel der Uebertragung zu Grunde gelegt werden müsse. Denn, wie die Beklagten nicht bestreiten, gilt die **lex Anastasiana** weder in Oesterreich, noch in Frankfurt mehr. Wenn aber eine Gesetzgebung die **lex Anastasiana** beseitigt, so kann dies eben keine andere Bedeutung haben, als die, daß die Geltendmachung einer durch Kauf erworbenen Forderung von der vorgängigen Berichtigung des Kaufpreises unabhängig sein soll. Uebrigens würde den Beklagten auch der § 1063 des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches entgegenstehen.

XXXI.

Die Vormünder des Philipp Jacob V. dahier, Kläger
contra
Leopold F. dahier, Beklagten.

In Folge geführten Beweises verurtheilte das Stadtgericht am 17. März 1854 den Beklagten im Falle, daß die Kläger de credulitate den Erfüllungseid leisten würden, zur Alimentirung des Phil. Jac. V. vom 17. September 1849 bis zum vollendeten 7. Lebensjahre wöchentlich 45 kr., von da an bis zu dessen zurückgelegten 14. Lebensjahre wöchentlich fl. 1 an den klagenden Theil zu zahlen und die entstandenen Proceßkosten zu ersetzen. Auf Remonstration der Kläger, daß der Beklagte auch als Vater des unehelichen Kindes anerkannt werde, ließ das Stadtgericht der eventuell eingelegten Appellation den Lauf und auf Ausführung des Rechtsmittels wurde dieser Anspruch der Kläger unter Verurtheilung derselben zum Kostenersatze verworfen vom

Appellationsgerichte am 10. Mai 1854

Oberappellationsgerichte am 26. November 1855.

Das Appellationsgericht berichtigte einen Schreibfehler des stadtgerichtlichen Urtheils dahin, daß die Alimente vom 17. Juli 1849, dem Geburtstage des Kindes, an zu zahlen seien.

85. Der außereheliche Schwängerer muß seine Vaterschaft anerkennen, wenn das Gericht in die Lage gesetzt werden soll, über die Vaterschaft zu erkennen.

Kläger verlangen, daß für den Fall der Ableistung des durch das Stadtgericht normirten Erfüllungseides dem unter 1 der Klage gestellten Antrage: den Beklagten zur nachträglichen Anerkennung seiner Vaterschaft zu dem rubricirten Mündel der Kläger,

gegenüber der Standesbuchführung, anzuhalten, beziehungsweise diese Anerkennung gerichtlich zu suppliren, Folge gegeben werde. Diesem Verlangen stand jedoch nicht zu entsprechen. Aus § 13 Abs. 3 des Gesetzes vom 19. November 1850, die Standesbuchführung betreffend, ergibt sich zwar, daß gerichtliche Erkenntnisse vorkommen können, auf deren Grund die Beischreibung des außerehelichen Vaters in den Standesbüchern zu erfolgen hat; und daß hierbei nicht etwa bloß an Erlasse des Stadtgerichts II. als der die Standesbuchführung beaufsichtigenden Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern auch an eigentliche, in Folge eines Civilprocesses ergangene Urtheile zu denken ist, beweißt, abgesehen von dem gerade auf solche Urtheile vorzugsweise zu beziehenden Ausdrucke „gerichtliche Erkenntnisse," eine Vergleichung mit den Consistorial-Protocollauszügen vom 9. und 23. December 1728.

Beyerbach Sammlung p. 570. 571

Daraus, daß ein gerichtliches Erkenntniß der Art überhaupt möglich ist, folgt indeß in keiner Weise, daß dasselbe auf Grund des Beweises derjenigen Thatsache erlassen werden könne, die genügt, um eine Verurtheilung zur Alimentirung der unehelichen Kinder auszusprechen. Das Gegentheil hiervon ergibt sich vielmehr schon daraus, daß der Alimentationsklage gegenüber nach der vom Oberappellationsgerichte bestätigten Praxis der Frankfurter Gerichte die Einrede mehrerer Concumbenten nicht Platz greift, während es doch bedenklich sein würde, denjenigen als den außerehelichen Vater in die Standesbücher eintragen zu lassen, dessen Vaterschaft durch den von ihm versuchten Beweis, daß die Mutter des Kindes in zutreffender Zeit auch mit Anderen geschlechtlichen Umgang gehabt, ganz in's Ungewisse gerückt wäre. — Man muß aber noch weiter gehen und — im Hinblick auf Abs. 1 des § 13 des cit. Gesetzes vom 19. November 1850*) und den, in

*) Wer bei Aufnahme des Geburtsactes als Vater eines unehelichen Kindes vor der Standesbuchführung sich bekennt, kann als solcher eingetragen werden, wenn kein Widerspruch Seitens der Mutter vorliegt.

der neueren Gesetzgebung beibehaltenen § 12 der Verordnung vom 5. September 1811 *)

cf. Allgem. Gesetz vom 8. Juli 1816 III. B. b. 16

annehmen, daß nach Ansicht der Frankfurter Gesetzgebung nur durch eine vorausgegangene Anerkennung der Vaterschaft von Seiten desjenigen, der als außerehelicher Vater beigeschrieben werden soll, das Gericht in die Lage gesetzt wird, auf eine solche Weise über die Vaterschaft sich auszusprechen, daß darauf ein Eintrag in die gedachten Bücher gegründet werden kann. — Diese Voraussetzung liegt aber hier nicht vor. Beklagter hat seine Vaterschaft im gegenwärtigen Processe geleugnet, und wenn auch in der Klage auf frühere außergerichtliche Anerkennungshandlungen desselben Bezug genommen worden ist, und an und für sich es fraglich sein würde, ob nicht auf diese Anerkennungshandlungen der Klagantrag unter 1 gestützt werden konnte, so muß doch in dem gegenwärtigen Stadium des Processes hiervon ganz abgesehen werden. Denn das in den vorausgegangenen Anerkennungshandlungen etwa zu findende Klagfundament ist bereits durch das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 7. December 1853 rechtskräftig verworfen, und Kläger verlangen dermalen auch nur, daß dem Klagantrag unter 1 für den Fall Folge gegeben werde, daß der, lediglich auf den geschlechtlichen Umgang in zutreffender Zeit gerichtete Erfüllungseid werde ausgeschworen werden.

86. Grundsätze über Kostenersatz.

Die zweite auf die Kosten voriger Instanz sich beziehende Beschwerde war ebenfalls zu verwerfen. Kläger sind als unterliegender Theil in diese Kosten mit Recht verurtheilt worden. Wenn sie hiergegen

1. darauf sich berufen, daß sie durch das Stadtgericht zu

*) Bei unehelichen Kindern, welche der Vater anerkannt hat, hängt die Religionsbestimmung von dem Vater, im Falle einer auf Seiten des Vaters nicht geschehenen Anerkennung aber von der Mutter allein ab.

einer Beschwerdeführung genöthigt worden seien, weil dieses über den Klagantrag unter 1 überhaupt zu erkennen, verweigert habe, so ist dies unzutreffend. Das Stadtgericht hat diesen Antrag im Erkenntnisse vom 17. März v. J. stillschweigend dadurch verworfen, daß es an die Ausschwörung des normirten Erfüllungseides nur die dort besonders bezeichnete Folge knüpfte; und Kläger konnten über diese Bedeutung des Erkenntnisses wenigstens dann nicht mehr im Zweifel sein, als das Gericht auf ihre Bitte, über den gedachten Antrag noch nachträglich zu erkennen, durch Decret*) vom 31. März v. J. sie darauf verwiesen hatte, daß ein Erkenntniß bereits vorliege. Ebensowenig konnte

2. darin, daß das Appellationsgericht von der zweiten in voriger Instanz aufgestellten Beschwerde der Kläger Veranlassung genommen hat, den im stadtgerichtlichen Urtheil enthaltenen Schreibfehler zu berichtigen, ein Grund gefunden werden, hinsichtlich der Kosten jener Instanz anders, als geschehen, zu erkennen. Denn zur Beseitigung des erwähnten Schreibfehlers bedurfte es keiner Appellation und die Voraussetzung der Kläger, daß das Stadtgericht die Berichtigung verweigert haben würde, entbehrt jedes haltbaren Grundes.

---

*) Da die Abänderung eines in contradictoria erlassenen Erkenntnisses von Seiten des erkennenden Gerichtes unzulässig ist, so steht schon aus diesem Grunde der Remonstration nicht zu entsprechen und wird der eingelegten Appellation der Lauf gelassen.

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1856.

XXXII.

Johann Conrad Fabian und dessen Ehefrau Maria Wilhelmine Catharina, geb. Cramer dahier, Kläger

contra

die Bauamts-Eisenbahn-Commission dahier, Beklagte.

Die Kläger erklärten klagweise, daß ihnen als Eigenthümern des Weihergartens Gew. II. Nr. 21[b] in Sachsenhäuser Gemarkung der einzige Zugang zu diesem Grundstücke durch den sogenannten verschlossenen Weg zustehe und dieser Weg von der Eisenbahn-Commission widerrechtlich überschüttet worden sei: sie seien entschädigungsberechtigt. Die Beklagte opponirte unter Anderem, daß dieser Klage der art. 74 der prov. Proceßordnung entgegenstehe, wonach die Kläger als einwilligend in den Bau, durch welchen ihre Wegegerechtigkeit aufgehoben, anzusehen und der Entschädigungsansprüche verlustig seien.

Das Stadtgericht wies auch am 16. Januar 1854 die Klage aus diesem Grunde ab, während auf Appellation der Kläger und deren Antrag auf Actenversendung das Spruchcollegium zu Halle-Wittenberg am 4. August 1854 jene Einrede verwarf und den Klägern die Behauptungen der Klage zum Beweise verstellte. Auf Oberappellation der Beklagten wurde dies Urtheil unter Verurtheilung derselben in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 10. Januar 1856 bestätigt.

87. Aufhebung einer Wegegerechtigkeit durch Anlage eines Eisenbahndammes. Geht der Entschädigungsanspruch dadurch verloren, daß der Berechtigte die Anlage ohne alle Einsprache vollenden läßt?

Ueber die Bedeutung des aus dem Baustatut Cap. IX. § 9 in art. 74 der prov. Proceßordnung übergegangenen „Präjudizes," daß derjenige, der gegen den Bau eines Anderen rechtsbegründete Einsprache zu haben vermeint und damit hervorzutreten wissentlich so lange zögert, bis der Bauende seinen Bau vollendet hat, des

Abbruches halber nicht weiter gehört, sondern angesehen sein solle, als ob er in den Bau eingewilligt habe, sind die Ansichten verschieden. Nach der Meinung der Kläger soll derjenige, der die bezeichnete Einsprache unterläßt, zwar die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht mehr verlangen können, dagegen ihm ein Entschädigungs-Anspruch unbenommen sein. Beklagte, der die beiden vorigen Gerichte beigetreten, nimmt dagegen an, durch die Unterlassung zeitiger Einsprache gehe ein jeder Anspruch, zu dem die Rechtswidrigkeit des Baues Veranlassung geben könnte, also auch die Möglichkeit, einen Entschädigungs-Anspruch aus demselben herzuleiten, verloren. Es bedarf indeß gegenwärtig keiner Entscheidung der allerdings nicht zweifellosen Frage, welche dieser Auslegungen die richtige sei. Denn auch wenn man davon ausgeht, daß der erwähnten gesetzlichen Bestimmung die von der Beklagten ihr beigelegte Bedeutung zukomme, und wenn man ferner — was ebenfalls nicht für zweifellos gehalten werden kann — unterstellt, daß jene Bestimmung auch da, wo es sich nicht um Errichtung eigentlicher Gebäude, sondern um andere Anlagen — im gegenwärtigen Falle z. B. einen Eisenbahndamm — handelt, Anwendung erleide, so muß doch den vorigen Richtern, wenigstens dem Resultate nach, darin beigetreten werden, daß jedenfalls in dem vorliegenden Falle, — wo Beklagte erst, nachdem sie von der höchsten Staatsgewalt zur Expropriation in Gemäßheit des Gesetzes vom 11. Januar 1837 ermächtigt worden war, zu dem fraglichen Bau geschritten ist — Kläger durch Unterlassung einer Einsprache das Recht nicht verloren haben, für die durch jenen Bau ihnen entzogene angebliche Wegegerechtigkeit eine Entschädigung fordern zu können. Zwar ist

1. der Beklagten darin Recht zu geben, daß noch nicht — wie dies die vorigen Richter anzunehmen scheinen — durch den die Expropriation zum Zwecke eines gewissen Unternehmens verfügenden Gesetzgebungs-Act (§ 2 des Gesetzes vom 10. Jan. 1837), sondern erst durch die Leistung der in Gemäßheit des Gesetzes zu gewährenden Entschädigung das Eigenthum an dem abzutretenden Grund und Boden, beziehungsweise die darauf haftenden dinglichen Rechte aufgehoben werden; und daß deßhalb, wenn der Ent-

äußerer den Servitutsberechtigten, noch ehe derselbe die ihm gebührende Abfindung erhalten hat, durch den Anfang des Baues im Besitze seiner Gerechtigkeit eigenmächtig stört, dieser solches Verfahren als ein widerrechtliches behandeln und sich dagegen der gewöhnlichen Rechtsmittel bedienen kann.

Fr. S. Leonhard c. Bauamts-Eisenb.-Comm. 1848.

2. Gleichwohl steht nicht anzunehmen, daß der unterlassene Gebrauch dieser Rechtsmittel auf die Befugniß des Servitutberechtigten, Entschädigung für die durch den Bau ihm entzogene Gerechtigkeit zu begehren, von irgend einem Einflusse sein kann. Es läßt sich

a. überhaupt bezweifeln, ob das im Baustatut Cap. IX. § 9, beziehungsweise art. 74 der prov. Proceßordnung für die unterlassene Einsprache angedrohte Präjudiz der anzunehmenden Einwilligung in den Bau in einem Falle der vorliegenden Art überall zur Anwendung gebracht werden könne. Denn es ist gewiß, daß bei Erlassung jener gesetzlichen Bestimmungen an Expropriationsfälle nicht gedacht worden ist, und muß in Ermangelung einer speciell auch auf solche gerichteten Absicht des Gesetzgebers es jedenfalls bedenklich erscheinen, von jener auf gewöhnliche städtische Bauten berechneten Vorschrift auch unter der ganz eigenthümlichen Voraussetzung Gebrauch zu machen, daß der Bau auf eine vorausgegangene Einwilligung der höchsten Staatsgewalt zur Expropriation sich gründet. Will man aber auch hiervon absehen und in diesem letzteren Falle ebenfalls das Präjudiz zur Anwendung bringen, so kann doch

b. die Folge dieser anzunehmenden Einwilligung keinenfalls die sein, daß derjenige, dem durch den fraglichen Bau die Möglichkeit der Ausübung seines bisherigen dinglichen Rechtes entzogen wird, den Anspruch auf eine hierfür zu gewährende Entschädigung verlöre. Spricht man nämlich, auf Grund der Bestimmung im Cap. IX. § 9 des Baustatuts und art. 74 der prov. Proceßordnung, der Regel nach demjenigen, welcher einen seine Rechte beeinträchtigenden Bau, ohne Einsprache dagegen vorzubringen, hat vollenden lassen, außer dem Rechte, auf Abbruch zu dringen, auch einen jeden Entschädigungs-Anspruch ab, so kann dies doch

nur deßhalb geschehen, weil ein solcher Entschädigungs-Anspruch in den gewöhnlichen Fällen lediglich aus dem rechtsverletzenden Character des Baues hergeleitet werden könnte, eben dieser rechtsverletzende Character aber in Folge der anzunehmenden Einwilligung desjenigen, gegen dessen Rechte der Bau verstößt, hinweggefallen wäre. Dies trifft aber in einem Falle der vorliegenden Art nicht zu. Die Pflicht dessen, der in Folge eines zur Entäußerung ihn ermächtigenden Actes der Staatsgewalt, zur Errichtung einer von dieser genehmigten Anlage schreitet, für das zu dieser Anlage zu verwendende Grundeigenthum und die darauf haftenden, aber mit der vollendeten Anlage nicht länger vereinbaren dinglichen Rechte Entschädigung zu verlangen, beruht nicht auf der Rechtswidrigkeit dieses Unternehmens, vielmehr umgekehrt darauf, daß der Bauende von der ihm gesetzlich ertheilten Autorisation, die bestehenden Berechtigungen gegen Entschädigung aufzuheben, Gebrauch macht. Allerdings verlangt das Gesetz eine vorgängige Leistung dieser Entschädigung, und der Expropriant, wenn er ohne diese gewährt zu haben, den Bau unternimmt, handelt gegen dieselbe und begeht somit wider die dinglich Berechtigten eine Rechtsverletzung. Diese besteht aber nicht darin, daß er überhaupt ohne Einwilligung des Berechtigten baut, sondern nur darin, daß er zur Ausübung seines Rechtes auch unabhängig von dieser Einwilligung zu bauen, früher schreitet, als er dies nach dem Gesetze hätte thun dürfen. Wenn also im vorliegenden Falle der Kläger auch nach art. 74 der prov. Proceßordnung so anzusehen sein sollten, als haben sie in den Bau eingewilligt und dadurch diesem den Character einer rechtswidrigen Handlung benommen, so könnte die Folge hiervon doch immer nur die sein, daß sie die Befugniß verloren hätten, diejenigen Entschädigungsansprüche geltend zu machen, die ihnen aus der Verfrühung des Baues erwachsen sind. Auf ihre Befugniß, für das durch den Bau entzogene dingliche Recht selbst Entschädigung zu fordern, aber würde jene Einwilligung, eben weil diese Befugniß nicht auf den rechtswidrigen Character des Baues sich gründet, in keinem Falle von Einfluß sein.

XXXIII.

Der Sequester über die zum Nachlasse des verstorbenen Gastwirths Johann Nicolaus Itzel dahier gehörigen beiden Gasthäuser „zum gelben Hirsch" und „zur goldenen Stelze", Intervenienten

contra

Johannes Küstner dahier, Interventen

zur Sache

des Letzteren, Klägers

contra

Johann Nicolaus Itzel dahier, Beklagten.

Johannes Küstner hatte im Wege der Execution auf den ideellen Antheil des Beklagten an zwei Gasthäusern Nachtung genommen und später mit Einwilligung des Beklagten auf die eingehenden Miethzinsen Beschlag gelegt. Der inzwischen eingetretene Sequester über den Nachlaß des Johann Nicolaus Itzel bestritt die Gültigkeit dieser Beschlagnahme, da der Beklagte ebensowenig, wie ein anderer Miterbe einen Anspruch an den elternlichen Nachlaß habe, so lange dieser noch nicht vertheilt sei, auch die Miethzinsen zur Berichtigung der Hypothekenzinsen, sowie zum Wirthschaftsbetriebe vorerst verwendet werden müßten. Das Stadtgericht erkannte am 1. September 1854 unter Compensation der Kosten zwar die Einwendungen des Intervenienten gegen die von dem Kläger verfolgte Execution nicht für begründet, hob aber die Beschlagnahme der Miethzinsen als gegen die dem öffentlichen Rechte angehörende und durch den Willen der Partheien nicht abzuändernde Executionsordnung verstoßend auf, während auf Appellation des Interventen das Appellationsgericht am 8. November 1854 diese Inhibition wieder aufhob und den Intervenienten in die Kosten der 1. Instanz verurtheilte.

Dieses Erkenntniß wurde auf Oberappellation des Intervenienten unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze vom Oberappellationsgerichte am 17. Januar 1856 bestätigt.

88. Execution in die Miethzinsen. Verzicht des Schuldners auf die Einhaltung der Executionsordnung.

Für die Bestätigung des vorigen Urtheils war schon der von dem Appellationsgerichte geltend gemachte Grund entscheidend. Zwar ist

A. die dem gemeinen Rechte

L. 15 § 2 D. de re judic. (42, 1)

entsprechende Bestimmung des Frankfurter Rechts (Ref. I. 45 § 14), daß bei der Execution ausstehende Forderungen des Schuldners nur erst dann angegriffen werden dürfen, wenn derselbe weder Mobilien, noch Immobilien besitzt, völlig klar und mit Unrecht wendet der Kläger ein, daß diese Bestimmungen auf noch nicht fällige Forderungen keine Anwendung leide, da diese nach Frankfurter Recht (Ref. II. 3 § 1—5) für Immobilien geachtet würden, indem der § 14 cit. ganz allgemein Schulden den Mobilien und Immobilien entgegensetzt.

S. auch Orth Forts. IV. p. 973 bis 974.

Freilich behauptet der Kläger ferner, daß diese Bestimmung des § 14 in der Praxis nicht mehr befolgt werde. Allein wenn auch dies einige Wahrscheinlichkeit hat, so kann doch, da nicht nur Orth die Executionsordnung der Reformation als eine streng zu befolgende bezeichnet (l. c. p. 971), sondern der neueste Schriftsteller über den Frankfurter Proceß sie noch als geltendes Recht anführt

Bender Handbuch § 84 p. 316—317

und auch die Instruction für den Fiscal von 1836 denselben zur genauen Befolgung der betreffenden Vorschriften der Reformation verpflichtet, der vom Kläger nachgewiesene einzelne Fall, in welchem das Stadtamt die Execution in die Ausstände eines Schuldners verfügt hat, der angeblich mit Immobilien angesessen gewesen sein soll, abgesehen davon, daß dieser letztere Umstand nicht genügend documentirt ist, zum Beweise der behaupteten Praxis nicht ge-

nügen und es müßte, wenn es darauf ankäme, auf Beweis derselben erkannt werden. Es kommt aber nicht darauf an, indem

B. dem Appellationsgerichte unbedenklich darin beizutreten war, daß die Executionsordnung nicht in dem Maße dem öffentlichen Rechte angehört, daß nicht eine Parthei auf das ihr darin gewährte Recht entweder ausdrücklich oder durch Unterlassung einer Beschwerde über das vom Fiscal eingehaltene Verfahren verzichten könnte. Schon nach Römischen Rechte scheint dies keinem Zweifel zu unterliegen, wenn man annimmt, daß Appellationen gegen executivische Verfügungen ausnahmsweise dann allgemein gestattet, also zur Beseitigung der Rechtsverletzung nothwendig waren, wenn die Execution in beschwerender Weise geschah,

Bethmann-Hollweg Handb. des Civilpr. p. 353

was auch die Fälle des verletzten ordo executionis begreift, indem ja dann auch auf die Anfechtung verzichtet werden könnte. Wenn daher in vorliegendem Falle dem Beklagten mehr daran lag, den öffentlichen Verkauf seiner Immobilien durch den Nachtungsgläubiger abzuwenden, als daß ihm die Miethzinsen eingingen, und er es deßhalb geschehen ließ, daß der Fiscal auf diese Beschlag legte, so ist umsoweniger abzusehen, wie dies im öffentlichen Interesse unstatthaft sein sollte, als es ja dem Beklagten unbedenklich zustand, dem Kläger freiwillig die gedachte Forderung zu cediren. Hatte der Beklagte also seinerseits auf die Beobachtung der Executionsordnung verzichtet und gegen die Beschlagnahme seines Fünftels der Miethzinsen nicht remonstrirt, so war auch der später eingetretene Sequester der fraglichen Grundstücke, dem lediglich die Geltendmachung der Rechte des Beklagten auf dieselben und also auch auf die Miethgelder zustand, überall nicht befugt, seinerseits auf die Beobachtung der Executionsordnung zu bestehen, und dadurch dem Kläger ein bereits erworbenes Recht zu entziehen.

Nun ist es freilich zweifelhaft, ob sich wirklich sagen läßt, daß der Beklagte, nicht bloß wegen des bereits an den Fiscal ausbezahlten Termins der Miethgelder, was unstreitig der Fall — sondern auch rücksichtlich der künftig noch fällig werdenden Termine auf sein Recht wirksam verzichtet hat, was in gegenwärtiger

Instanz vom Kläger behauptet, vom Intervenienten dagegen bestritten wird. Allein da der Intervenient beim Stadtgerichte aus der Executionsordnung gar keinen Einwand hergenommen hatte, so war das Stadtgericht unter diesen Umständen jedenfalls nicht befugt, einen Einwand, auf den der Beklagte verzichten konnte und möglicherweise verzichtet hatte, von Amtswegen geltend zu machen.

Das Appellationsgericht ging von der Erwägung aus, daß

2. es in dem vorliegenden Falle nicht darauf ankommt, ob die in dem Römischen Rechte vordem gefundenen Bestimmungen über Execution von Civilerkenntnissen wirklich darin enthalten und anwendbar sind, da die Bestimmungen von der Praxis längst nicht mehr geachtet werden

Schmid Handbuch des Civilpr. Bd. 3 p. 349. 350
Bayer Civilpr. 7. Aufl. p. 695
Martin Civilpr. 12. Aufl. § 271 nte. s.

und anderen Theils, da die hiesige Particulargesetzgebung hierüber eigene Vorschriften enthält, daß jedoch

3. wenn zwar der Civilproceß und die dazu gehörige Executionsordnung unleugbar dem öffentlichen Rechte angehören, daraus doch nicht gefolgert werden kann, daß darin dem Willen der Partheien in allen Fällen ein bestimmender Einfluß entzogen sei, da gerade bei dem Civilproceß die Thätigkeit des Staates mit den Rechten der Einzelnen so verwebt ist, daß eine vollständige Trennung practisch nicht ausführbar ist,

v. Savigny System Bd. 1 p. 27

daß zudem

4. ein Interesse des Staates nicht abgesehen werden kann, einem bestimmt vorliegenden Einverständnisse des Schuldners, wonach derselbe mit ausstehenden Forderungen seine Gläubiger befriedigen lassen will, entgegen zu treten und statt dessen die Befriedigung des Gläubigers durch Veräußerung der Liegenschaften des Schuldners zu nöthigen. — —

89. Execution in die liegenden Güter des Schuldners. Execution in die Miethzinsen.

Man durfte aber unbedenklich auch noch weiter, als das Appellationsgericht gehen und annehmen, daß, ganz abge-

sehen von einem Verzichte des Beklagten, die Bestimmung der Reformation I. 45 § 14 in dem gegenwärtigen Falle überall nicht zur Anwendung komme. Wenn nämlich die Reformation in diesem Titel § 13 vorschreibt, daß, wenn der Schuldner keine fahrende Habe besitze, die Execution zunächst in dessen liegende Güter vollzogen werden solle, so setzt sie dabei offenbar voraus, daß die liegenden Güter geeignet sind, durch deren öffentlichen Verkauf, von welchem der 46. Titel handelt, dem Gläubiger zu seiner Befriedigung zu verhelfen, daß er wenigstens bei ihnen in der Lage sich befindet, unmittelbar mit der Vergantung derselben vorzuschreiten. Nun aber befinden sich die beiden Häuser, auf welche der Kläger die Nachtung erlangt hat, im ungetheilten Miteigenthum der fünf Itzel'schen Brüder. Einen Verkauf der beiden ganzen Häuser kann der Kläger nicht unmittelbar beantragen, sondern nur auf dem Umwege einer, vermöge seiner Nachtung auf dem ideellen Fünftel derselben wider die Miteigenthümer anzustellenden actio communi dividundo, wie dies das Oberappellationsgericht bereits früher ausgesprochen hat.

Liebtreu c. Itzel 1841

Vergl. auch Bender Proceß p. 217 nte. 5.

Und wollte er den Versuch machen, bloß sein intellectuelles Fünftel beider Häuser zum Verkauf zu bringen, so würde dies, zumal die auf beiden Häusern inscribirten Insätze von zusammen fl. 105,000 auf seinem ideellen Fünftel nicht bloß pro parte, sondern nach der causa individua pignoris ganz haften,

L. 16 C. de distract. pign. (3, 28)

L. 1 C. de luitione pign. (8, 31)

L. 2 C. si unus ex plur. hered. (8, 32)

nach der Verordnung über die Ausklagung der Hypotheken art. 18

Ges. Samml. I. p. 90

ersichtlich ohne Erfolg bleiben. Unter diesen Umständen mußte das Recht des Klägers, trotz des Vorhandenseins von Immobilien die Execution in die Miethgelder nachzusuchen, um so unbedenklicher erscheinen, als es sich ohnehin noch sehr fragt, ob auf diese, als fructus civiles der Grundstücke, der § 14 cit. bei einem Nachtungsgläubiger überall Anwendung leide.

90. Rechtskraft setzt voraus, daß eine Parthei Ursache zur Beschwerdeführung hatte (cf. Bd I. Nr 17.).

Wenn der Sequester auch noch auf diejenigen Gründe zurückkommt, welche er beim Stadtgerichte gegen die fragliche Execution vorgebracht hat, so steht ihm allerdings Rechtskraft aus deren Verwerfung durch das Stadtgericht, nicht, wie die vorigen Richter angenommen haben, entgegen. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Verwerfung eine an sich der Rechtskraft fähige Entscheidung war. Denn da das Stadtgericht dem Antrage des Sequesters im Resultate ganz entsprochen hatte, so befand sich dieser jedenfalls gar nicht in der Lage gegen dessen Erkenntniß seinerseits ein Rechtsmittel zu ergreifen; und wiederholt hat das Oberappellationsgericht sich schon zu dem Grundsatze bekannt, daß in solchen Fällen der Parthei die unterlassene Beschwerdeführung in zweiter Instanz nicht präjudicire.

91. Liquidität im Executiv-Verfahren. Einwand im Executiv-Verfahren, daß die Solvenz des Schuldners ungewiß sei.

Das Stadtgericht hat die Einwendungen des Sequesters mit Recht verworfen. Denn zuvörderst

1. ermangeln dieselben derjenigen Liquidität, welche im Executiv-Verfahren den Einreden beiwohnen muß; sodann aber

2. laufen sie lediglich darauf hinaus, daß der Sequester die mit Beschlag belegten Miethgelder nicht entbehren könne, um die Insatzzinsen und andere auf den von ihm verwalteten Grundstücken haftenden Ausgaben zu bestreiten, und daß es überhaupt noch zur Zeit ganz ungewiß erscheine, ob der J. N. Itzel'sche Nachlaß solvent sei, und daß diese Gründe nicht zureichend sind, eine erkannte Execution zu hemmen, liegt auf flacher Hand, da, wenn dies wäre, fast nie eine solche mit Erfolg versucht werden könnte, unter solchen Umständen der Execution eines einzelnen Gläubigers vielmehr nur durch wirkliche Insolvenzerklärung begegnet werden kann.

XXXIV.

Die Einkommensteuer-Commission dahier, Impetrantin und Klägerin

contra

Dr. Jacob Heinrich Theodor Mülhens zu Baden-Baden, Impetraten und Beklagten.

Nachdem Dr. Mülhens um seine Entlassung aus dem Frankfurter Staatsverbande nachgesucht, dieselbe jedoch nicht erhalten hatte, klagte die Einkommensteuer-Commission gegen denselben auf Bezahlung der Einkommensteuer für die zweite Hälfte des Jahres 1850 und für das Jahr 1851, verlangte die Stellung einer Caution für die richtige Abführung der Steuer in Zukunft und begründete, da Beklagter in Baden-Baden wohnte, den Gerichtsstand durch Realarrest. Beklagter bestritt zunächst die Zulässigkeit des vom Stadtgerichte erkannten Arrestes, setzte die Einrede des unzuständigen Richters entgegen und führte aus, daß die klägerische Forderung nicht begründet sei. Nachdem die Acten bereits in zweiter Instanz an ein Spruchcollegium versandt waren, zeigte Klägerin nachträglich an, daß Beklagter, nachdem er mit ihr Richtigkeit gepflogen habe, aus dem Staatsverbande entlassen worden sei, die Entscheidung somit nur den Kostenpunct zu betreffen habe, worauf der Beklagte bemerkte, daß er nur unter der ausdrücklichen Verwahrung Zahlung geleistet habe, daß dieselbe ohne allen Einfluß auf den vorliegenden Rechtsstreit sein solle, indem er hierdurch nur seine Entlassung aus dem Staatsverband habe herbeiführen wollen.

Das Stadtgericht erkannte am 21. Februar 1853:

I. Beklagter ist schuldig

a. hinsichtlich seines Einkommens während der zweiten Hälfte des Jahres 1850 und des ganzen Jahres 1851 die gesetzlich vorgeschriebene Declaration binnen 14 Tagen bei Vermeidung einer

Strafe von fl. 25 bei der Einkommensteuer-Commission abzugeben,

b. für die richtige Abführung seiner jährlichen Einkommensteuerbeträge entsprechende genügende Caution zu leisten.

II. Die Proceßkosten werden verglichen.

III. Wird der beklagtische Anwalt wegen der in den von ihm verfaßten Schriftsätzen befindlichen ungebührlichen Aeußerungen in eine — — Geldstrafe von fl. — verurtheilt.

Auf beiderseitige Appellation und Antrag des Beklagten auf Actenversendung erkannte das Spruchcollegium zu München am 5. Mai 1854 pos. I. u. II. abändernd, daß der Beklagte die eingeklagten Steuerbeträge zu entrichten gehabt und die Kosten erster und zweiter Instanz zu tragen habe. Auf Oberappellation des Beklagten änderte das Oberappellationsgericht am 21. Januar 1856 unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten der Instanz, das zweitinstanzliche Urtheil nur in dem Puncte ab, daß die Kosten der Appellation der Klägerin der vorigen Instanz zu compensiren seien.

92. Begründung eines Realarrestes gegen im Auslande wohnende hiesige Bürger. Beweiskraft der Bücher der Einkommensteuer-Commission.

Der Beklagte war zur Zeit der angestellten Klage noch Frankfurter Bürger. Denn er selbst gibt an und es bezeugen es auch die Acten, daß er damals seine Entlassung aus dem Frankfurter Bürgerverbande noch nicht erhalten hatte. Sollte also auch diese Entlassung ihm vom Senate mit Unrecht verweigert sein, so war er doch factisch noch Bürger und durfte daher auch von der Klägerin als solcher behandelt werden, weßhalb es auf die Prüfung der Gründe seiner Nichtentlassung nicht ankommt. Der Beklagte war aber seinem eigenen Anführen nach zur Zeit der Klage in Baden-Baden domicilirt, und war er das, so war es allerdings statthaft, zur Begründung des Gerichtsstandes in Frankfurt einen Realarrest gegen ihn zu impetriren und somit ist die erste, diesen Arrest betreffende Beschwerde des Beklagten eine unbegründete.

Ueberflüssig und also unstatthaft wäre dieser Arrest nämlich nur dann gewesen, wenn der Beklagte, obgleich in Baden-Baden

sich aufhaltend, gleichwohl als Bürger von Frankfurt noch hier sein forum generale behalten hätte. Allein, wiewohl dies nach einer gesetzlichen Fiction dann allerdings angenommen werden darf, wenn Jemand, obgleich schon lange auswärts wohnend, doch sein Frankfurter Bürgerrecht beibehalten und fortwährend seine Einkommensteuer bezahlt hat,

Bender Handbuch des Proc. § 7 nte. 1

so treffen doch diese Voraussetzungen bei dem Beklagten, welcher, in der Absicht sich auswärts niederzulassen, seine Entlassung vom Bürgerrechte nachgesucht, darauf seinen Wohnsitz in Baden=Baden genommen und die Bezahlung seiner Einkommensteuer unterlassen hat, nicht zu. Denn wenn er gleich seinen ihm als Bürger obliegenden Verpflichtungen sich dadurch nicht hat entziehen können, so hat er doch das Recht in Beziehung auf den Gerichtsstand und namentlich in Beziehung auf gegen ihn nachzusuchende Arreste als Frankfurter Bürger behandelt zu werden, verloren. Nun aber ist selbst gegen eigentliche Ausbürger — was der Beklagte nicht ist — ein Personalarrest ad fundandum forum dann statthaft, wenn der Impetrat sich nicht schriftlich verpflichtet, in Frankfurt zu Recht stehen zu wollen.

Prov. Proceßordnung art. 56.

Besondere Erforderniße eines gegen Ausbürger zur Begründung des Gerichtsstandes nachzusuchenden Realarrestes schreibt die Proceßordnung, da der art. 53 nur vom Arreste zur Sicherung des Streitgegenstandes handelt, nicht vor. Es bleibt daher nichts übrig, als in Beziehung auf solche Bürger, die in Frankfurt ihr ordentliches Forum nicht mehr haben, analogisch den art. 51 anzuwenden und nur dessen Erforderniße in Betracht zu ziehen, und diese waren im vorliegenden Falle offenbar vorhanden.

Denn daß der Beklagte einkommensteuerpflichtig war, ergab sich schon aus seiner Eigenschaft als Frankfurter Bürger. Daß er mit der Steuer und zu welchem Betrage im Rückstande sei, dafür enthielt der mit dem Arrestgesuche beigebrachte Auszug aus dem Steuerregister eine genügende Bescheinigung. Denn wenn das Gesetz bloße Auszüge aus den Büchern der Kaufleute und Hand=

werker zu diesem Zwecke für genügend erklärt, auch ohne nur die Vorlegung und Beeidigung der Bücher zu verlangen,

Prov. Proceßordnung art. 50

so darf unbedenklich die gleiche Kraft den Auszügen aus den Büchern öffentlicher Behörden beigelegt werden: und der Einwand des Beklagten, daß die Klägerin nach dem Gesetze vom 30. December 1847 § 15 gar keine Register führen dürfe, ist ein frivoler, indem theils die betreffende Vorschrift nur von den Registern über bereits bezahlte Steuern redet, theils nicht nur dieselbe durch das Gesetz vom 25. Februar 1851, also längst vor angestellter Klage, hinsichtlich der Declarationen für das Jahr 1850 aufgehoben ist, sondern auch das Gesetz vom 11. November 1851 die Einkommensteuer-Commission nur verpflichtet, alle Nachweisungen und Scripturen, woraus der Betrag der declarirten und angesetzten Steuerbeträge entnommen werden kann, nach Ablauf von 4 Jahren zu vernichten.

Gesetzsammlung Bd. 11 p. 152.

War aber der Arrest statthaft, so erledigt sich dadurch auch die Einrede des incompetenten Forums, insoweit diese in erster Instanz nur darauf gegründet worden ist, daß durch den impetrirten Arrest ein Gerichtsstand nicht habe begründet werden können. Insofern aber der Beklagte in jetziger Instanz diese Einrede in der Richtung zu rechtfertigen versucht, daß die Klägerin überall nicht zur Anstellung einer Klage, sondern nur zur sofortigen executorischen Beitreibung der rückständigen Steuer durch den Fiscal berechtigt gewesen sei, so ist dieser Einwand, besonders nach Lage der gegenwärtigen Sache, ein so unpassender, daß er überall keine nähere Widerlegung verdient.

XXXV.

Pierre François Henri Durand-Morimbeau zu Paris, Provocant

contra

Abraham Georg Sarasin dahier, Provocaten.

Nachdem A. G. Sarasin zum Behufe des Beweises eines mit Durand-Morimbeau abgeschlossenen Kaufgeschäftes die Abhör von Zeugen zum ewigen Gedächtniß beantragt hatte, auch diese Abhör in Gegenwart eines Anwalts des Durand-Morimbeau vorgenommen worden war, trat der letztere mit einer provocatio ad agendum gegen Sarasin auf, da dieser sich des Abschlusses eines Kaufgeschäftes rühme, während nur bloße Tractate gepflogen worden seien. Das Stadtgericht gab am 8. März 1854 dem Provocaten auf, die behaupteten Ansprüche binnen 14 Tage geltend zu machen bei Vermeidung ewigen Stillschweigens. Provocat trat nun mit einer Klage bei den hiesigen Gerichten auf. Provocant bestreitet die Competenz des Stadtgerichts, indem er nur an seinem Wohnorte Paris belangt werden könne, und beantragt, da dort eine Klage nicht erhoben worden sei, dem Provocaten ewiges Stillschweigen aufzuerlegen. Das Stadtgericht erkannte am 27. März 1854:

I. Das Decret vom 8. März 1854 wird andurch eingezogen und steht somit dem Antrag des Provocanten nicht zu willfahren.

II. Kläger wird mit der erhobenen Klage von hier abgewiesen.

III. Die Kosten dieser Verhandlung werden compensirt.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 24. Mai 1854 unter Verwerfung der Appellation des Provocanten und unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses, daß die Klage dem zur Provocation bevollmächtigten Anwalt des Beklagten zu insinuiren und dem letzteren zur Ver-

nehmlassung geeignete Frist vorzuberaumen sei. Dieses Erkenntniß wurde auf Oberappellation des Provocanten unter Verurtheilung desselben in die Kosten vom Oberappellationsgericht am 22. Januar 1856 nur dahin abgeändert, daß die Mittheilung der Klage nicht an den zur Provocation bevollmächtigten Anwalt des Beklagten zu erfolgen habe, sondern mit Insinuation derselben an den Beklagten sonst in ordnungsmäßiger Weise zu verfahren sei.

93. **Forum contractus.** Ist der zur Provocationsklage bevollmächtigte Anwalt als zur Annahme der provocirten Klage legitimirt anzusehen?

Abweichend von der Ansicht des Appellationsgerichts konnte der Gerichtsstand des Contractes als solcher für die vorliegende Klage nicht als ausreichend begründet anerkannt werden. Wenngleich nämlich nicht bestritten ist, daß die mündlichen Verhandlungen, in denen der Kläger den Abschluß eines Kaufgeschäftes, der Beklagte aber bloße Tractate findet, in Frankfurt gepflogen wurden, die Verabredung eines anderweiten Erfüllungsortes aber nicht behauptet wird, insoweit daher die Grundlage des forum contractus gegeben ist, so wird doch nach Frankfurtischem Rechte — abgesehen von der hier nicht in Betracht kommenden Frage, ob und inwiefern ein Vermögensbesitz des Beklagten in Frankfurt den dortigen Richter zur Ausübung seiner Competenz berechtige — weiter erfordert, daß der Beklagte in Frankfurt anwesend sei und ihm die Klage daselbst insinuirt werde. An dieser Bedingung aber fehlte es zur Zeit der Anbringung der vorliegenden Klage. Das Appellationsgericht glaubt, es sei derselben dadurch entsprochen, daß der Beklagte zum Behuf der von ihm beim Stadtgerichte angestellten Provocation einen Anwalt bevollmächtigt habe, indem dieser auch zur Annahme der Klage, die er provocirt habe, wenigstens als Insinuations-Mandatar für legitimirt erachtet werden müsse. Nun ist allerdings nicht zu bezweifeln, daß die Anwesenheit des Beklagten durch Bestellung eines zur Annahme einer erwarteten bestimmten Klage angewiesenen Specialmandatars ersetzt zu werden vermöge, indem durch Ausstellung einer dahin gerichteten Vollmacht der Beklagte gerade darauf ausgeht, zur Proceßführung durch seinen Vertreter gegenwärtig zu sein und

somit der gesetzlichen Bedingung zu entsprechen; ein Satz, mit welchem auch das vom Appellanten angeführte Präjudicat

(cf. Band I. p. 334. 335)

nicht in Widerspruch steht. Allein es konnte nicht angenommen werden, daß der zur Provocation bestellte Anwalt des Beklagten damit auch zur Annahme der provocirten Klage für legitimirt erachtet werden müsse. Der Provocationsproceß ist, wenngleich präparatorisch für die Hauptsache, doch nach heutigem Proceßrechte immer eine von der letzteren unterschiedene selbstständige Proceßsache und die Bevollmächtigung zu der einen schließt in keiner Weise auch die zu der anderen in sich, um so weniger, als beide Sachen nicht nothwendig vor demselben Gerichte verhandelt werden müssen, die Möglichkeit, daß der Provocat die Hauptsache bei einem anderen für diese competenten Gericht anbringe, vielmehr nach der gemeinrechtlichen Praxis feststeht.

Die Insinuation der provocirten Klage ist aber eine Handlung, welche dem Hauptproceß und nicht dem Provocationsproceß angehört. Zwar findet der letztere durch Anstellung der Klage seine Erledigung, aber eben nur deßhalb, weil damit der Hauptproceß, dessen Herbeiführung bezweckt wurde, begonnen hat. Den Endpunct des Provocations-Verfahrens bildet in solchem Falle nicht die Insinuation der Hauptklage, sondern, wenn nicht beiderseitige Kenntniß einen solchen Act entbehrlich macht, die Anzeige (nöthigenfalls Bescheinigung) des Provocaten, daß die Klage von ihm angestellt sei.

Vergl. Glück Commentar Bd. 6 p. 495

Der Anwalt des Provocanten ist daher als solcher zwar zur Entgegennahme dieser Anzeige, aber nicht zum Empfang der Hauptklage selbst legitimirt.

94. Provocationsklage. Forum der provocirten Klage.

Die Competenz des Stadtgerichts für die Hauptsache durch freiwillige Unterwerfung des Beklagten mußte für begründet erachtet werden. Diese bekundet sich in ausreichender Weise schon durch die von demselben bei dem Stadtgerichte angebrachte Provocation. In Uebereinstimmung mit beiden vorigen Instanzen

ist nämlich davon auszugehen, daß die Provocation nur bei einem für die künftige Hauptsache competenten Gerichte angebracht werden dürfe. Ob dies ein auf alle präparatorischen Sachen anwendbarer Grundsatz sei, kann dahin gestellt bleiben, jedenfalls unterliegt derselbe in Beziehung auf das Provocations-Verfahren keinem Zweifel. Da das letztere in seiner ursprünglichen Entwickelung als einleitender Bestandtheil des Hauptprocesses betrachtet wurde,

vergl. Wetzell System des Civ.-Proc. § 67 flg.

so mußte es auch an den Gerichtsstand der Hauptsache gebunden werden, und bei dieser Folge ist man stehen geblieben, auch nachdem das Provocationsverfahren sich im weiteren Verlauf zu einer selbstständigen Proceßsache ausgebildet hatte. Nicht nur hat sich von jeher die große Mehrzahl der Processualisten dafür ausgesprochen,

s. die bei Glück Comm. Bd. 6 p. 493 nte. 78. 80 Angef.
Stryk introd. ad pr. c. V. § 4. 12
Martin Lehrbuch § 255
Bayer summar. Proc. § 55
Heffter System § 423
Chop im Archiv für civ. Praxis Bd. 13 p. 337 flg.
Schmid Handb. Th. III. p. 48—52
Planck Mehrheit ꝛc. p. 314
Wetzell l. c. p. 68

sondern es ist auch die Praxis damit stets übereinstimmend gewesen, wie die eben genannten und selbst theoretisch abweichende Schriftsteller

vgl. Thibaut Pand. 4. Aufl. Th. III. p. 12. 16 nte. y
Gensler Comm. (ed. Guyet) zu § 244 n. III.
Linde Lehrbuch § 336

bezeugen. Der Satz hat aber auch gesetzlich ausdrückliche Anerkennung gefunden in der

K. G. O. von 1555 Th. II. tit. 25

und wenn einige Schriftsteller sich dagegen auf den

J. R. A. § 83

berufen haben, so kommt die hier vorgeschriebene Verweisung der

Hauptsache an das für diese zuständige Gericht ganz ebenso bereits in jener Stelle der K. G. O. vor, und ist schon dadurch der Gedanke an eine Abänderung derselben ausgeschlossen. Beide Stellen erklären sich aber durch das besondere Verhältniß des Reichskammergerichts zu der für viele Reichsunmittelbare begründeten Austrägal-Instanz; die letztere sollte für den Hauptproceß gewahrt werden, wenn der künftige Beklagte bei dem Reichskammergericht die Provocation angestellt hätte.

Vergl. Tasinger instit. jur. prud. cameral. t. II. § 605 — 607.

Dies konnte er aber nach der K. G. O. nur, wenn er im Allgemeinen für seine Person den Gerichtsstand vor dem Reichskammergerichte hatte, dieses also für die Hauptsache subsidiarisch und jedenfalls in höherer Instanz competent war; und er mußte es, da die provocatorischen Rechtsmittel zu den von dem Verfahren vor den Austrägen ausgenommenen Sachen gehörten.

Danz reichsgerichtl. Proc. § 242

Immer also blieb nach der klaren Vorschrift der K. G. O. der Gerichtsstand des Provocanten (des „Antworters in der Hauptsache“) allein bestimmend für die Competenz zum Anbringen der Provocation, und die Bestimmung des J. R. A. § 83 kann daher nur für den Satz angeführt werden, daß dem Provocaten durch den Provocationsproceß nicht die Befugniß entzogen sein soll, für die Hauptsache ein anderes, für diese gleich zuständiges Gericht zu wählen.

Aus dem obigen Grundsatz, mit welchem nach der Erklärung des Appellationsgerichts in der sententia a qua auch die Frankfurtische Praxis übereinstimmt, folgt nun aber, daß von demjenigen, welcher mit einer Provocation auftritt, angenommen werden muß, er erkenne das angegangene Gericht als für die zukünftige Hauptsache competent an und unterwerfe sich demselben, wenn es nicht schon gesetzlich zuständig sein sollte. Gegen diese Folgerung kann der Umstand, daß einzelne Schriftsteller es für theoretisch richtiger erklären, die Provocation an den Gerichtsstand des Provocaten zu verweisen, bei der unzweideutigen Bestimmung der K. G. O. und der ihr entsprechenden entschiedenen

Praxis nicht in Betracht kommen. Auch wird es nicht bloß vermöge dieser Folgerung, sondern auch unter Voraussetzung der (jetzt längst verlassenen) Ansicht, daß die Provocation bei jedem beliebigen Gericht angebracht werden könne, mehrfach ausdrücklich anerkannt, daß der Provocant das von ihm angegangene Gericht nachher in der Hauptsache nicht mehr als incompetent anfechten dürfe.

Carpzov decis. III. dec. 213 Nr. 10 sq.
Mevius decis. III. dec. 212
Berger electa proc. prov. § 20. 22
Schaumburg princ. pr. II. II c. 6 § 8
Linde Lehrbuch l. c.

Im vorliegenden Falle muß dies nun um so mehr gelten, als es dem Provocanten ohne Zweifel bekannt war, daß aus einem bloß mündlich abgeschlossenen Kaufgeschäfte über das fragliche Object vor französischen Gerichten nicht geklagt werden könne, er also mit seiner Provocation nur in der Voraussicht aufgetreten sein kann, daß die Hauptsache in Frankfurt werde anhängig gemacht werden.

95. Zeugenvernehmung zum ewigen Gedächtniß. Forum.

Die Unterwerfung des Provocanten unter das Stadtgericht zu Frankfurt wird überdies noch dadurch bestätigt, daß er unter dem 16. März 1854 einen Anwalt ernannte, um sich bei dem von seinem Gegner für die künftige Hauptsache beantragten Zeugenverhör zum ewigen Gedächtniß vertreten zu lassen, und der ernannte Anwalt ohne allen Vorbehalt der Abhör zweier Zeugen beiwohnte und sich mit Fragen dabei betheiligte. Denn da die Aufnahme eines Beweises zum ewigen Gedächtniß, als eine der künftigen Hauptsache angehörige Proceßhandlung, der Regel nach bei dem für die Hauptsache competenten Gerichte beantragt werden muß und nur ganz besonders zu begründende Ausnahmen davon stattfinden,

Gail obser. I. obs. 93
Mevius decis. VIII. dec. 281
Böhmer jus eccles. Prot. II. 6 § 11 u. 12

Knorr Proc. I. 15 § 6
Danz ord. Proc. (ed. Gönner) § 466
Heffter System § 494

hier aber der Beweisführer (Sarasin) sich auf einen solchen Ausnahmsfall gar nicht berufen hatte, so führt die erwähnte Handlungsweise ebenfalls auf die Voraussetzung, daß der Provocant das Stadtgericht für die erwartete Klage als competent anerkannt habe.

96. Prorogation auswärtiger Partheien auf inländische Gerichte.

Ob man in Folge der in den beiden vorigen Nummern begründeten Unterwerfung annimmt, daß dem Stadtgerichte die Eigenschaft eines forum contractus zukomme, bei welchem auf die Bedingung der Anwesenheit des Beklagten verzichtet worden sei, oder daß es überhaupt nur als forum prorogatum betrachtet werden könne, macht im Erfolg keinen Unterschied, da es auch für die letztere Auffassung an den nöthigen Voraussetzungen nicht fehlt. Die Eigenschaft des Provocanten als eines Ausländers steht nicht entgegen, da nach der richtigeren, auch vom Oberappellationsgerichte schon früher

vergl. Fr. S. Cahn c. Mayer (Bd. I. p. 288)

gebilligten Ansicht die Prorogation auswärtiger Partheien auf inländische Gerichte für zulässig zu halten ist. Auch das weiter vom Stadtgerichte angedeutete Bedenken, ob der Beklagte nicht bis zum Beginn des Processes seine Unterwerfung unter ein incompetentes Gericht zurücknehmen dürfe, kann nicht getheilt werden.

Vergl. Bayer Vorträge 7. Aufl. p. 153.

Endlich muß mit dem Appellationsgericht die Einwilligung des Stadtgerichts als erfolgt angenommen werden, da es sich zu einer Zeit, wo der Provocant als abwesend von Frankfurt vorausgesetzt wurde, der Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß unterzog, und dies nach dem in voriger Nummer Vorgetragenen nur auf Grund seiner Competenz für die Hauptsache thun konnte.

XXXVI.

L. D. aus Frendeleburg, Klägerin u. Widerbeklagte
contra
F. L. M. W. dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Die in Folge des in Bd. I. Nr. LXXVII. mitgetheilten Beweisinterlocuts geführten Beweisverhandlungen beider Partheien hatten das Ergebniß, daß das Stadtgericht am 3. November 1854 theils dem Beklagten den Schiedseid, theils der Klägerin den Ergänzungseid und den Schiedseid zuerkannte und je nachdem diese Eide geleistet oder nicht geleistet würden, sich weitere Verfügung in der Sache vorbehielt. Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 24. Januar 1855, daß unter Verwerfung der Appellation der Klägerin das vorige Urtheil mit der Abänderung zu bestätigen sei, daß in Betreff der Zusage von fl. 8 Alimentengelder die Klägerin nicht zu dem Erfüllungseide, sondern Beklagter zu dem Schiedseide zuzulassen sei. Auf Oberappellation der Klägerin stellte, nachdem dieselbe Restitution gegen Versäumniß der Nothfrist, soweit die Beschwerdeführung Ansprüche des Kindes betroffen (vergl. oben p. 109 2c.), erlangt hatte, das Oberappellationsgericht am 24. Januar 1856 unter Kostencompensation das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder her.

97. Erfüllungseid in Folge von Vermuthungen.

Es fragt sich nur, ob und inwieweit auch der der Klägerin ferner auferlegte Beweis, „daß der Beklagte der Klägerin versprochen habe, monatlich fl. 8 Alimente für das Kind zu zahlen," für erbracht zu achten ist. Hier kommt nun für eine günstigere Beurtheilung dieses Beweises, als die des Appellationsgerichtes Folgendes in Betracht:

1. Die von der Klägerin beigebrachten Briefe des Beklagten, welche dieser als ächt anerkannt hat, ergeben, daß dem Beklagten, welcher sich noch vor der Niederkunft der Klägerin verheirathet hatte, alles daran lag, daß sein Verhältniß zur Klägerin ein Geheimniß bleibe. Da nun dem unehelichen Vater schon gesetzlich die Alimentation des von ihm erzeugten Kindes obliegt, so ist es schon von vorn herein höchst wahrscheinlich, daß er, um die Klägerin zu beruhigen und von allen öffentlichen Schritten abzuhalten, ihr zunächst in Beziehung auf die Alimentation des Kindes gewisse Zusicherungen gemacht haben werde, und dies wird durch die zu den Acten gekommenen Briefe erheblich unterstützt. — — — Der Grund, weßhalb diese Briefe beweisen, daß bestimmte monatliche Alimentenzahlungen versprochen gewesen sein müssen, liegt nämlich darin, daß es immer darin heißt: „das Geld," „Ihr Geld." *) Dies setzt nothwendig voraus, daß der Klägerin der Betrag dessen, was Beklagter zu senden oder zu geben verhieß, im Voraus bekannt war, sonst hätte er sich unmöglich so ausdrücken können, sondern eine bestimmte Summe angegeben oder unbestimmt „Geld" sagen müssen. Bekannt konnte der Betrag nun aber der Klägerin nur in doppelter Weise sein, entweder dadurch, daß sie dem Beklagten in Folge seiner Zusage, für die Unterhaltung des Kindes zu sorgen, die Kosten derselben jeden Monat besonders aufgab, mit anderen Worten ihm eine Rechnung einschickte, oder dadurch, daß er sich ein für alle Mal zur Zahlung eines bestimmten monatlichen Betrages gegen sie verbindlich gemacht hat. Wäre nun das Erstere der Fall gewesen, so würde es dem Beklagten ein leichtes gewesen sein, dies durch Briefe der Klägerin, deren er nach Inhalt der seinigen mehrere empfangen hat, zu beweisen. Dies hat er aber, obwohl er einen Gegenbeweis angetreten, nicht gethan, sondern fortwährend geleugnet, überall Alimente gezahlt zu haben. So ist man denn berechtigt, anzunehmen, daß den Alimentenzahlungen die Zusage eines festen Monatsbetrages zum Grunde liegt.

2. Wie groß dieser seit dem 12. Februar 1851, wo die Unter-

*) Zum Beispiel: Das Geld werde ich Ihnen senden oder Sie können Ihr Geld haben.

stützung der Klägerin aufhören sollte, zur Alimentation des Kindes monatlich gezahlte Betrag gewesen ist, ergeben nun zwar die Briefe des Beklagten nicht. Hierfür liefern aber die Aussagen der völlig unverdächtigen S.'schen Eheleute einen Beweis, der von den vorigen Richtern nicht gehörig gewürdigt ist.

Bei diesen S.'schen Eheleuten ist nämlich die Klägerin auch nach ihrer Niederkunft mit ihrem Kinde wohnen geblieben. — — Diese S.'schen Eheleute nun deponiren übereinstimmend, der Beklagte habe der Klägerin an Alimenten für ihr Kind seit ihrer Niederkunft bis zum Jahre 1852 — die Frau sagt genauer bis zum 16. März 1852, wo es zum letztenmale geschehen — monatlich fl. 8 bezahlt. Wenn das Appellationsgericht bemerkt, diese Aussage beruhe nicht auf eigener Wahrnehmung der Zeugen, indem sie selbst angäben, daß die Klägerin theils das Kostgeld selbst geholt, theils es durch ihre Tante in Bockenheim empfangen habe, so ist nicht wohl einzusehen, wie das daraus folgen solle; denn die Klägerin kann ihnen ja gezeigt haben, was sie vom Beklagten mitgebracht, sie können ja zugegen gewesen sein, wenn die Tante ihr das Geld als Alimentengeld ausgezahlt hat. Ueberdies sagt der Zeuge S. aus, er habe das Kostgeld mehrmals selbst bei der Tante in Bockenheim in Empfang genommen.

Ebenso ungegründet ist es, wenn bemerkt wird, daß die Briefe des Beklagten mit jener Aussage im Widerspruch ständen, indem sie ergäben, daß regelmäßige Zahlungen von Alimenten nie erfolgt seien; denn theils ist dem nicht so, indem sich aus den Briefen nur ergibt, daß zuweilen das Kostgeld für mehrere Monate auf einmal bezahlt ist, theils wird eben dies von der Zeugin S. ausdrücklich bemerkt.

Nach allem diesen und da der Beklagte für die Zahlung eines geringeren monatlichen Alimentenbetrags gar nichts beigebracht hat, war unbedenklich die Bestimmung der

Ref. I. 39 § 7

anzuwenden, mithin der Beweis für halb geführt anzunehmen und die Klägerin mit dem Stadtgerichte zum suppletorium zuzulassen; und zwar um so unbedenklicher, als selbst dann, wenn

der Fall des § 8 vorläge, daß jeder Theil seines Fürbringens ansehnliche und starke Anzeigungen für sich hätte, die Klägerin vor dem Beklagten zum Eide zuzulassen sein würde, da schon jetzt klar ist, daß der Beklagte sich arger Unwahrheit in der Sache schuldig gemacht hat.

98. Begründung der Größe der Alimente aus einer dreijährigen freiwilligen Alimentenzahlung.

Ueber die Fassung und Folge des nach der vorigen Nummer abzuleitenden Eides ist noch Folgendes zu bemerken.

Das Appellationsgericht hat der Klägerin im Beweisinterlocute vom 13. April 1853 nicht den Beweis auferlegt, daß der Beklagte versprochen habe, bis zum zurückgelegten 14. Lebensjahre des Kindes fl. 8 monatlich Alimente für dasselbe zu zahlen. Es ist vielmehr offenbar von der Ansicht ausgegangen, daß die Dauer der Verpflichtung gesetzlich oder doch durch entschiedene Praxis feststehe, und daher nur in Ansehung der Größe ein Beweis nöthig sei.

Ebenso hat das Stadtgericht die Sache angesehen. Es ist in Uebereinstimmung mit einer früheren Entscheidung des Oberappellationsgerichtes davon ausgegangen, daß, wenn der Beklagte drei Jahre hindurch monatlich fl. 8 Alimente gezahlt hätte, alsdann nach

L. 1 C. de fideicomm. (6, 42)

seine Verpflichtung, auch künftig bis zum vollendeten 14. Lebensjahre des Kindes die gleiche Summe zu zahlen, ohne Weiteres begründet wäre.

Fr. S. Ziegler c. Sch. 1837.

Die gleiche Wirkung nimmt es an, wenn das behauptete Versprechen durch hinzukommenden Eid bewiesen ist, und hat diesen Eid daher mit Recht nach dem Beweisthema formulirt.

99. Muß der Richter, der auf einen nothwendigen Eid erkennt, zugleich eventuell das Endurtheil beifügen?

Die fünfte Beschwerde der Klägerin konnte dagegen für eine begründete nicht erachtet werden. Allerdings zwar ist es gesetzliche

Vorschrift, daß der Richter, wenn er auf einen nothwendigen Eid erkennt, zugleich eventuell das Endurtheil hinzufügen soll.

L. 11 C. de sententiis (7, 45)

Linde Proceß § 328

Indessen ist dies doch keine solche Vorschrift, deren Befolgung unter allen Umständen nothwendig und auch nur zweckmäßig wäre, namentlich in einem Falle, wo auf viele Eide für eine und die andere Parthei erkannt und das Endresultat ein verschiedenes ist, je nachdem alle oder nur einige dieser Eide abgeleistet werden. Jedenfalls hat die Parthei beim Mangel jedes materiellen Interesses, kein zur Beschwerdeführung befugendes Recht aus jener Vorschrift, wie denn auch die Klägerin eine Aenderung des ersten Erkenntnisses in diesem Punct mehr nur anheim gegeben, als wirklich beantragt hat.

XXXVII.

François Poirier zu Chateauneuf, Kläger u. Widerbeklagter

contra

Heinrich Brisbois dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Der Kläger hatte in des Beklagten Collecte ein Viertelloos der 112ten Frankfurter Lotterie gespielt. Kläger hatte das Loos für alle sechs Classen im Voraus bezahlt, weil Beklagter ihm als Bedingung des Spielens bei ihm mitgetheilt haben will: „toute action doit être payée à l'avance, parceque seulement les actions acquises de cette manière ont droit aux gains et aux actions gratuites.“ Das Loos des Klägers gewann netto 55 Frs. 70 Cs. Beklagter, der diesen Gewinn eincassirte, sandte nun dem Kläger ein Loos zur 113ten Frankfurter Lotterie: „valable pour Monsieur Poirier pour toutes les classes aux termes de ma lettre du 29. Novembre 1847.“ In Aufrechnung des oben angegebenen Gewinnstes kam dem Beklagten für dieses Loos noch

6 Frs. 80 Cs. zu Gute. Da das fragliche Loos in der zweiten Classe mit dem Gewinne von fl. — herausgekommen war, verlangte Kläger von dem Beklagten auf Grund des erkauften Looses Herausgabe des Gewinnes. Beklagter opponirte, daß Kläger aus einer bezugnehmenden Urkunde ohne Beibringung der bezogenen nicht klagen könne, und ferner unter Angabe obigen Sachverhalts, daß Kläger die gestellte Bedingung der vorherigen vollständigen Berichtigung des Kaufpreises nicht erfüllt habe. Beklagter stellte zugleich Widerklage auf Restitution bereits an den Kläger bezahlter 200 Frs. an.

Das Stadtgericht wies am 14. October 1853 den Kläger mit der erhobenen Klage angebrachter Maßen ab und verurtheilte denselben in der Widerklage, während auf Appellation des Klägers das Appellationsgericht am 18. Januar 1854 in der Vorklage den Beklagten zur Zahlung des Gewinnes und des durch Nicht-Einlieferung eines Freiloofes dritter Classe dem Kläger erwachsenen Schadens verurtheilte, falls Beklagter nicht beweisen könne, daß bei Einsendung des für alle Classen indossirten Looses Nr. 6509 der 113ten Frankfurter Lotterie die Bedingung gestellt worden, daß der ganze Kaufpreis von 62 Frs. 50 Cs. vor der Ziehung der ersten Classe vollständig bezahlt sein müsse. Auf Oberappellation des Beklagten erkannte unter Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz das Oberappellationsgericht am 24. Januar 1856, daß dem Beklagten alternativ noch der weitere Beweis nachzulassen sei, daß er bei Uebersendung des fraglichen Viertelloofes zur 113ten Lotterie eine ausdrückliche Erklärung der Annahme sich ausbedungen habe, und ferner, daß die eventuelle Verurtheilung des Beklagten in den, dem Kläger durch Nichtlieferung des Freiloofes dritter Classe erwachsenen Schaden in Wegfall zu bringen, dem Kläger dieses Gegenstandes halber vielmehr nur im Allgemeinen Rechtszuständigkeiten vorzubehalten seien.

100. Referens sine relato.

Anlangend die erste Beschwerde, durch welche der Beklagte Wiederherstellung des stadtgerichtlichen, die angestellte Klage

angebrachter Maßen abweisenden Erkenntnisses vom 14. October 1853 bezweckt hat, so steht derselben entgegen, daß der Kläger nach den in der Klagschrift enthaltenen Angaben, welche in der Replikenschrift wiederholt und näher erläutert worden sind, sich bestimmt als den Käufer des fraglichen (Viertel=) Looses zu erkennen gegeben und das Loos als ein von dem Beklagten erkauftes seiner Klage zum Grunde gelegt hat. Nun erhellt freilich aus dem auf dem Rücken des bei der Klage vorgelegten Looses enthaltenen Vormerke (valable pour Monsieur Poirier — pour toutes les classes aux termes de ma lettre du 29. Novembre 1847), daß möglicher Weise besondere Bedingungen bei dem Kaufgeschäfte und bei der auf selbigem beruhenden Uebertragung des Looses stattgehabt haben können, allein die bloße Möglichkeit des Vorhandenseins solcher Bedingungen läßt es nicht unstatthaft erscheinen, daß der Kläger mit der Klage aus dem Kaufe als einem unbedingten oder einem solchen, dessen Bedingungen bereits erfüllt worden und mithin nicht mehr in Betracht kommen, hervorgetreten ist. — Von der Klagebeantwortung war es dann abhängig, ob der Kläger einen unbedingten Abschluß des Geschäftes oder den Eintritt der etwa zugestandenen Bedingungen behaupten und eventualiter beweisen müsse.

Ohne Grund nimmt der Beklagte hier Bezug auf die Begründung des von ihm angezogenen Präjudicats in

Fr. S. Fuld u. Comp. c. Horwitz 1849 (Bd. II. p. 127);

die damals entschiedene Sache wich von der vorliegenden insofern wesentlich ab, als dort die Klage ausdrücklich nicht aus einem Kaufe oder einem sonstigen Contracte erhoben, sondern lediglich auf den Besitz des vorgelegten Looses gestützt war, welches letztere überdies weder auf den Inhaber, noch, wie hier der Fall, auf den Namen des Klägers lautete, sondern in einer Weise indossirt war, welche den Rechtsgrund des klägerischen Besitzes völlig im Ungewissen bleiben ließ.

101. Aufhebung der Bedingung durch eine veränderte Sachlage.

Für das Loos der 113ten Lotterie soll nach des Beklagten Behauptung die vorbemerkte früher mitgetheilte Bedingung als still=

schweigend fortbestehend anzusehen gewesen sein, so daß erst nach vollständig geleisteter Zahlung des Einsatzbelaufes der Kläger ein Recht auf das Ergebniß des Looses habe erlangen können. Nun lag aber die Sache zu der Zeit, als die hier besprochene Loos-zusendung erfolgte, wesentlich anders, als damals, wo der Beklagte dem Kläger zum ersten Male ein Loos zugängig gemacht hatte. Denn die Strenge, welche gegen einen ausländischen, überdies erstmaligen Spieler in Betreff der vorherigen Bezahlung des Einsatzpreises motivirt war, entbehrte jedes Grundes unter den nunmehr veränderten Umständen, wo der Beklagte von dem Kläger 55 Frs. 70 Cs. in Händen hatte, also der Letztere nur noch den geringfügigen Belauf von 6 Frs. 80 Cs. zur Completirung des vollen, 62 Frs. 50 Cs. betragenden Einsatzpreises einzusenden brauchte. Daß der Beklagte es irgendwie zweifelhaft habe erscheinen lassen, etwa durch eine Anfrage wegen Remittirung der 55 Frs. 70 Cs., daß er diesen Belauf als auf den Einsatzpreis des neu geschickten Looses validirend ansehe, behauptet er nicht, und der Kläger war demnach zu der Annahme berechtigt, diesen Theil der ihm obliegenden Zahlung als geordnet anzusehen, so daß es nur noch auf die Vergütung des mehrgedachten kleinen Restbelaufes ankommt. Wäre nun nicht etwa ausdrücklich bei der Zusendung des Looses, welches überdies für alle Classen auf des Klägers Namen gestellt worden war, dem Letzteren erklärt worden, auch von den 6 Frs. 80 Cs. gelte in Beziehung auf das gesammte, wenngleich zu $^9/_{10}$ bereits bezahlte Loos dasselbe, was früher in Beziehung auf gänzlich unbezahlte Loose als Contracts-Bedingung aufgestellt worden sei, so durfte der Kläger annehmen, daß es mit der Einsendung des Restbetrages nicht eile und daß es im äußersten Falle früh genug sei, wenn der Beklagte vor der Renovationszeit zur sechsten Classe in den Besitz jenes Betrages gelange.

XXXVIII.

Gebrüder Doctor dahier, Kläger
contra
Jacob Reinganum dahier, Beklagten.

Gebrüder Doctor klagen gegen Jacob Reinganum einen Contocorrentauszug ein, dessen Saldo durch die Posten 6 u. 7 gebildet wird, nämlich Gewinnste, die auf zwei Frankfurter Lotterieloose vierter Classe gefallen sein sollen. Der Beklagte opponirt, daß ihm die fraglichen Loose gehört hätten. In der Replik behaupten dagegen die Kläger, daß sie sich am 9. August 1853 mit dem Beklagten dahin verständigt hätten, daß von 36⅓ Loosen, die Beklagter von ihnen bereits während der drei ersten Classen bezogen hätte, 15¼ Loose ihnen gegen fl. — verheuert worden. Dieser Verheuerungspreis sei auch in dem Contocorrent aufgenommen. Dagegen behauptet der Beklagte in der Duplik die Nichtigkeit des Verheuerungsgeschäftes, indem er dasselbe nur aus dem Grunde eingegangen sei, weil ihm die Kläger gegen alle Wahrheit versichert hätten, sie hätten die fraglichen Loose bereits verheuert und seien daher nicht im Stande, dieselben ihm, dem Beklagten, zu liefern. — Das Stadtgericht verurtheilte am 25. Januar 1854 den Beklagten zur Zahlung des libellirten Betrages. Auf Appellation des Beklagten und dessen in zweiter Instanz gestellten Antrag auf Actenversendung wurde dieses Erkenntniß vom Spruchcollegium zu Jena am 23. October 1854 bestätigt, während das Oberappellationsgericht am 29. Januar 1856 die Condemnation des Beklagten für den Fall aufhob, daß derselbe beweisen könne, „daß bei der am Abende des 9. August 1853 zwischen ihm, dem Beklagten, und dem damals für die Kläger handelnden Siegmund Doctor stattgehabten, auf die fraglichen 15¼ Loose rc. sich beziehenden Unterredung der Letztere, auf sein, des Beklagten,

nochmals gestelltes Verlangen der Lieferung jener Loose, erklärt habe, die Kläger wären in Folge ihrerseits geschehener Verheuerung jener Loose nicht mehr im Stande, ihm dieselben zu liefern.

102. Rechtskraft eines subdecisum.

Wenn auch die Kläger gegen das Erkenntniß der zweiten Instanz, welches in Betreff des processualischen Punctes *) gegen sie, in Beziehung auf das Streitverhältniß selbst für sie erkannt hat, kein Rechtsmittel ergriffen haben, so kann dennoch eine ihnen entgegenstehende rechtskräftige Erledigung jenes ersteren Gegenstandes nicht angenommen werden. Es liegt nämlich keine Entscheidung über einen von dem noch streitig gebliebenen Gegenstande trennbaren und mithin separat zu behandelnden Punct, sondern nur eine Unterentscheidung des, schließlich den Anträgen des Klägers völlig entsprechenden Decisums vor. Gegen ein solches Decisum konnten nun aber die Kläger überhaupt nicht appelliren und gesetzt jene Unterentscheidung wäre unhaltbar, so würde ihnen hieraus kein Nachtheil erwachsen dürfen, sobald das vorläufig festgestellte finale Resultat durch eine Appellation der Gegenparthei wiederum in Frage gestellt worden war.

103. Einfluß des dolus, der einen wesentlichen Irrthum hervorruft.

Anlangend die Frage, ob die Einwendungen, welche der Beklagte der von den Klägern für sich geltend gemachten Heuerung der fraglichen Loose entgegengesetzt hat, so, wie vom Appellationsgerichte geschehen, ohne Weiteres verworfen werden durften, so war dieselbe abweichend von der zweiten Instanz zu beantworten.

Zwar kommt es auf den Unterschied, welchem der Beklagte besondere Bedeutung beilegt, ob die Loose den Klägern in solcher

*) Der Beklagte hatte erst in der Duplik die Einrede der Richtigkeit des Heuergeschäftes vorgebracht, welche die erste Instanz als verspätet verwarf, während die zweite Instanz diese Einrede als eine noch rechtzeitig vorgebrachte Duplik gegen die replicarische Behauptung eines Heuergeschäftes auffaßte.

Weise verheuert worden, daß sie, die Kläger, selbst die in der vierten Classe Spielenden gewesen seien, oder ob die Kläger die gegen einen gewissen, jedenfalls von ihnen dem Beklagten zu zahlenden Heuerlohn für jene Classe übernommenen Loose auch anderweitig hätten verwenden, also ihrerseits wiederum in Verheuerung geben dürfen, nicht an, da, wie von den Klägern richtig ausgeführt worden, der Umstand, wer schließlich bei der Entscheidung der vierten Classe Interessent der resp. Loose gewesen oder geworden sein würde, als irrelevant betrachtet werden muß. Dagegen würde es von Erheblichkeit sein, wenn, wie der Beklagte behauptet, die Kläger — in der Person des für sie handelnden Siegmund Doctor — durch wahrheitswidrige Angaben ihn zur Eingehung des Heuergeschäftes, mochten nun die Kläger die Loose mit dem Rechte oder ohne das Recht der Weiterverheuerung für die in Rede stehende vierte Classe erworben haben — veranlaßt haben sollten.

Dies letztere würde angenommen werden müssen, wenn bei dem im Uebrigen von beiden Theilen übereinstimmend dargestellten Hergange am Abende des 9. August 1853 auch der vom Beklagten angegebene Umstand stattgefunden haben sollte, daß auf sein, des Beklagten, wiederholt gestelltes Verlangen der Lieferung der 15 1/4 Loose der genannte Siegmund Doctor erklärt habe, er oder die Kläger seien zu jener Lieferung überhaupt nicht mehr im Stande, da sie bereits anderweitig über die Loose durch Verheuerung disponirt hätten. Insofern eine Mittheilung dieser Art, wenn nicht in Betreff sämmtlicher 15 1/4 Loose, doch jedenfalls in Beziehung auf die hier allein in Betracht kommenden, demnächst mit den Treffern von netto fl. — gezogenen Loose, wissentlich unwahr gewesen sein würde, und da den Umständen nach nicht bezweifelt werden kann, daß dieselbe wesentlichen Einfluß auf die endliche Aufgebung des Lieferungs-Verlangens und auf die Eingehung des Heuergeschäftes von Seiten des Beklagten ausgeübt habe, so mußte die Entscheidung des hier in Rede stehenden Punctes von dem vorhin berührten Umstande abhängig gemacht werden. — —

Es fragt sich daher nur noch, ob die Behauptung der Kläger begründet ist, daß der Beklagte um die Zeit dieses Heuergeschäftes überhaupt keine Rechte mehr auf die 15 1/4 Loose besessen habe, so

daß also, selbst wenn das Heuergeschäft hinwegfiele, der Beklagte nicht befugt sein würde, den auf zwei Loose gefallenen Gewinn zu beanspruchen. Nun mußte aber angenommen werden, daß der Beklagte sich im Rechte befand, als er noch am 9. August 1853 — wenngleich am Vorabende der Ziehung zur vierten Classe — die in Rede stehenden 15¼ Loose von den Klägern forderte.

Die zwischen den Partheien stattgehabten Geschäftsbedingungen sind von beiden Theilen übereinstimmend angegeben worden. Der Beklagte hatte zufolge derselben zu zahlen die Einsätze zur ersten Classe „vor Empfang der Loose zur dritten Classe," die Einsätze zur zweiten Classe „vor Empfang der Loose zur vierten Classe," um welche letztere es sich im vorliegenden Falle handelt. Nun haben freilich die Kläger angegeben, auch ist dies von dem Beklagten nicht bestritten worden, daß ordentlicher Weise die Zahlung alsbald nach der Ziehung der resp. vorangehenden Classe habe geschehen müssen; indessen hierauf kommt es deßhalb nicht an, weil — wenn auch etwa an sich ein präclusivischer Zeitpunct bestanden haben sollte — von beiden Theilen übereinstimmend angegeben worden ist, daß freilich der Beklagte am 26. oder 27. Juli fl. — gegen Empfang von 36⅓ Loose vierter Classe zu zahlen gehabt *hätte*, daß aber die Kläger sich damit einverstanden erklärt haben, daß der Beklagte sofort nur fl. — zahle und hierfür circa 20 Loose erhalte, dagegen für die restirenden fl. —, gegen welche dann noch 15¼ Loose validirten, Frist erhalte. Der Beklagte gibt an, die Frist sei bis „vor Ziehung der vierten Classe" bewilligt; die Kläger behaupten dagegen, der Beklagte habe die 15¼ Loose durch die fl. — „baldigst" einlösen sollen. Da nun aber nur dann ein *Verwirktwerden* des beklagtischen Rechtes hier hätte eintreten können, wenn dasselbe bei der im Uebrigen vereinbarten Befristung an einen bestimmten Zeitpunct geknüpft worden wäre, eine solche Feststellung aber von den Klägern nicht behauptet ist, so ist unbedenklich anzunehmen, daß der Beklagte auch noch Tags vor der Ziehung (am 9. August) berechtigt war, Lieferung der Loose zu fordern. — —

Als das Ergebniß der im Obigen dargelegten Beurtheilung der streitigen Puncte stellt sich eine bedingte Condemnation des Beklagten

heraus, abhängig zu machen von der Führung oder Nichtführung des im Erkenntnisse normirten Beweises, wobei die Compensation der Kosten der beiden höheren Instanzen sich von selbst verstand.

Die zweite Instanz sprach sich dahin aus:

Daß die Klägerin dem Beklagten seine Loose vierter Classe nicht aushändigte, ungeachtet er den für die Loose zweiter Classe noch zu bezahlenden Restbetrag berichtigen wollte, kann auf keinen Fall gegen die Gültigkeit des fraglichen Heuergeschäftes geltend gemacht werden. Wenn die Klägerin zur Auslieferung der Loose verpflichtet war, so konnte der Beklagte die Contractsklage auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit und Leistung des gesammten Interesses, wozu namentlich die auf die Loose etwa gefallenen Gewinne gehört haben würden, anstellen, während in der Nichterfüllung kein Grund liegen kann, aus welchem ein über diese Loose nachher abgeschlossener Vertrag ungültig sein könnte. Es lag vielmehr in diesem Vertrage ein Verzicht auf die Contractsklage, indem der Beklagte gegen das bedungene Heuergeld seinen durch dieselbe zu verfolgenden Ansprüchen entsagte und darum jetzt nicht wieder darauf zurückkommen kann.

Die behauptete Vorspiegelung, daß die Loose bereits zum Verheuern gesandt seien, während die Klägerin dieselben noch in ihrem Besitze gehabt habe, kann aber nicht als eine solche Täuschung, durch welche der Beklagte zur Eingehung des Vertrages hätte verleitet werden können, als ein sogenannter dolus causam dans, angesehen werden. Daß der Beklagte durch diese Vorspiegelung in die Meinung, daß er seine Loose nun doch nicht mehr erhalten könne, versetzt worden sei und darum in deren Verheuerung gewilligt haben will, kann gar keine Berücksichtigung finden. Wenn die Klägerin wirklich verpflichtet war, dem Beklagten die noch rückständigen 15¼ Loose vierter Classe auszuhändigen, so konnte der Umstand, daß sie dieselben bereits zum Verheuern gesandt, dem entsprechenden Rechte des Beklagten keinen Eintrag thun. Sie hätten ihm vielmehr jeden Falls, wenn er darauf bestanden hätte, die Loose entweder wirklich liefern oder wenigstens das gesammte Interesse gewähren müssen. Es war mithin ein für den Beklagten völlig gleichgültiger Umstand, ob die Klägerin die Loose bereits zum Verheuern gesandt hatte oder nicht. Die Vorspiegelung der Klägerin, die Loose seien bereits zum Verheuern versandt, konnte

ihn daher nicht in die Meinung versetzen, daß er, um größeren Nachtheil von sich abzuwenden, in die Verheuerung willigen müsse. Wenn er gleichwohl nur darum, weil er die Loose bereits für verheuert gehalten, in die Verheuerung gewilligt haben will, so wäre das ein ungenügender Beweggrund gewesen, in dessen Hervorrufung von Seiten der Klägerin zwar allenfalls eine Ueberredung zur Eingehung des Heuervertrags, aber kein dolus, durch welchen der Beklagte über seine rechtliche Stellung zu ihr hätte getäuscht werden können, gefunden werden kann.

XXXIX.

Ludwig Carl Kahl dahier, Kläger u. Widerbeklagter

contra

Johanna Maria Gertrude, geb. Wunderlich, verehelicht gewesene Pfefferkorn, jetzt geschiedene Kahl dahier, Beklagte u. Widerklägerin.

Die wegen Vermögensauseinandersetzung der geschiedenen Eheleute geführten Beweisverhandlungen hatten das Ergebniß, daß unter Anderem das Stadtgericht am 8. Januar 1855 bei den divergirenden Abschätzungen der Sachverständigen die Durchschnittssumme zog und die Beklagten

a. zu dem zugeschobenen Eid, daß Kläger weder fl. —, noch einen geringeren baaren Betrag in die Ehe mit ihr (der Beklagten) eingebracht habe;

b. zu dem Ergänzungseide dahin zuließ, daß die zur Zeit ihrer Verehelichung mit dem Kläger vorhandenen Schulden des Johann Daniel Pfefferkorn'schen Sämerei-Geschäftes bei der Aufstellung ihres in dem Anhang zu den Ehepacten vom 2. December 1823 verzeichneten Vermögens vorweg in Abzug gebracht worden seien.

Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Beklagten unter dessen Verurtheilung zum Kostenersatze bestätigt vom

Appellationsgerichte am 12. März 1853

Oberappellationsgerichte am 31. Januar 1856.

104. Künstlicher Gegenbeweis. Erfüllungseid.

Der Kläger hatte den ihm obliegenden Beweis, daß auf dem von der Beklagten eingebrachten Vermögen die Geschäftsschulden von fl. — gehaftet haben, durch einen Auszug aus dem Contocorrentbuche angetreten, aus welchem sich ergibt, daß zur Zeit der Verehelichung der Partheien fl. — Geschäftsschulden vorhanden waren. Indem Beklagte die Relevanz dieses Beweises bestritt, führte sie — abgesehen von dem Umstande, daß Beklagter in dem Anhange zu den Ehepacten den in der Samenhandlung der Beklagten steckenden Theil den beklagtischen Vermögens mit fl. — anerkannt habe und daß auch Kläger die Größe der damaligen Geschäftsschulden gekannt haben müsse, weil er schon drei Monate vor der Verehelichung alle Geschäftsbücher geführt habe, — den Gegenbeweis dahin, daß sämmtliche für jene Schulden validirenden Waarensendungen bei Abschluß der Ehe noch vorhanden gewesen seien, und folgerte hieraus, daß der Betrag der fraglichen Geschäftsschulden, gleichwie dies bei dem Werthanschlage der Immobilien geschehen sei, bei der Aufstellung dieses Vermögenstheiles der Beklagten vorweg in Abzug gebracht worden sei.

Der Einwand des Klägers, daß dieser von der Beklagten versuchte Nachweis gar nicht berücksichtigt werden dürfe, weil es der Beweis einer erst im Beweisverfahren geltend gemachten Einrede sei, der ihr nicht nachgelassen worden, ist ein völlig unbegründeter. Denn da dieser Beweis lediglich auf das Gegentheil dessen gerichtet ist, was der Kläger seinerseits, um den ihm auferlegten Beweis zu führen, nach dem Obigen hätte nachweisen müssen, so ist es unverkennbar ein directer Gegenbeweis.

Freilich möchte es hiernach scheinen, als hätte der Beklagten einfach ein Reinigungseid über die Negative des Beweissatzes auferlegt werden müssen. Allein wo bei einem künstlichen Gegenbeweise dieser auf eine Thatsache gerichtet worden ist, die, wenn erwiesen, das Ergebniß des Beweises vollständig zu zerstören

geeignet ist, da ist es auch statthaft, den dem Gegenbeweisführer aufzulegenden Eid speciell auf diese Thatsache zu stellen. Und da dies das Stadtgericht im vorliegenden Falle gethan, so war es auch dem entsprechend, ihn als Erfüllungseid zu bezeichnen.

105. Abweichende Taxation mehrerer Sachverständigen.

Wenn Kläger es rügt, daß das Stadtgericht bei der Taxation der Sachverständigen eine Drittelung vorgenommen habe, und principaliter verlangt, daß das übereinstimmende Majoritäts-Gutachten der zwei Schätzer Belschner u. Hartmann als entscheidend angenommen werde, so steht dieses Verlangen im Widerspruch mit dem bei abweichenden Schätzungen mehrerer Taxatoren in der Praxis ganz ausgemachten Verfahren, nach welchem, wie vom Stadtgerichte geschehen, die Summen der verschiedenen Sachverständigen zusammengerechnet und mit der Zahl der Schätzer getheilt werden,

Gönner Handb. II. p. 450
Claproth ord. Proc. § 311
Linde Lehrbuch § 299

ein Verfahren, welches auch in Frankfurt bei Expropriationen ausdrücklich sanctionirt worden ist

Ges. v. 22. Juni 1847 § 23 (Gesetzsamml. VIII. p. 207)

und auch bereits vom Oberappellationsgerichte in andern als Expropriationssachen als das richtige anerkannt ist.

Fr. S. v. Rothschild c. Burnitz 1851 (Bd. II. p. 636)
Wtw. Nagel c. Stadtkämmerei 1853 (Bd. I. p. 117)

Der eventuelle Antrag, eine neue Schätzung durch andere Sachverständige anzuordnen, ist ebenfalls unbegründet. Derselbe wäre nur dann gegründet, wenn die Schätzung im vorliegenden Falle auf einer oder der anderen Seite von der Art wäre, daß sie sich nur aus Unfähigkeit oder Irrthnm oder Befangenheit erklären ließe, wie dahin das Oberappellationsgericht wiederholt sich ausgesprochen hat.

Bender Handb. des Proc. p. 202 nte. 2. 3
Fr. S. Wtw. Nagel c. Stadtkämmerei 1853 (Bd. I. p. 117)

Diese Voraussetzungen nun aber sind in dem vorliegenden Falle vom Kläger nicht einmal behauptet und in keiner Weise indicirt, indem die allerdings große Verschiedenheit der Schätzungen nur darauf beruht, daß die Sachverständigen Belschner u. Hartmann den Werth in's Auge gefaßt haben, den die Gegenstände im Trödel haben würden, der Sachverständige Müller als Tischler dagegen von dem ursprünglichen Anfertigungspreise ausgegangen zu sein scheint. Gerade hier ist also, wie das Appellationsgericht mit Recht bemerkt, die Ziehung des Durchschnittspreises ganz an seinem Platze.

XL.

Johann Jacob Friedrich Heimbrecht zu Lübeck, als Testamentsvollstrecker des weiland Joh. Joachim Jürgen Tesschau, Kläger

contra

den hiesigen Generalagenten der Medical Invalid and General Life Assurance Society in London, Beklagten.

Tesschau hatte sein Leben für die Summe von Rthlr. — im 14 Thaler Fuß, zahlbar dahier drei Monate nach Nachweis seines Todes versichert. Nachdem klagender Theil am 17. Juli 1854 jene Versicherungssumme baar in preußischen Thalern von dem hiesigen Generalagenten verlangte, dieser jedoch nur den Thaler zu 105 kr., d. h. im $24\frac{1}{2}$ fl. Fuß zahlen wollte, kam es zur Klage. Das Stadtgericht erkannte am 29. November 1854 den Beklagten für schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen — preuß. Thaler nebst Verzugszinsen zu 5 % vom 17. Juli 1854, sowie nebst dem Betrage der Differenz zwischen dem an diesem Tage dahier bestandenen Course der preuß. Thaler und dem am Tage der Zahlung dahier bestehenden Course zu bezahlen, auch die Streitkosten zu

ersetzen. Auf Appellation des Beklagten erkannte unter Compensation der Kosten erster und zweiter Instanz das Appellationsgericht am 29. Januar 1855 den Beklagten für schuldig, dem Kläger zu bezahlen den Werth von — preuß. Thalern nach dem Course derselben am 17. Juli 1854 mit Verzugszinsen zu 5 % seit diesem Tage, eventuell und wenn der Cours am Zahlungstage ein höherer sein sollte, nach dem Course des Zahlungstages. Dieses Erkenntniß wurde auf Oberappellation des Beklagten unter dessen Verurtheilung in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 7. Februar 1856 bestätigt.

106. Wie ist eine in einer fremden Münze contrahirte Schuld, deren Werth sich nicht geändert hat, zu zahlen? § 7 des Einführungsgesetzes zur Allgem. deutschen Wechselordnung betrifft nur ein jus singulare.

Es sind nach der Police Rthlr. — im 14 Thaler Fuße in Frankfurt baar zu bezahlen. Preußische Einthalerstücke sind nun, wie darüber die Partheien einverstanden sind, in Frankfurt eine fremde Münze, sie haben dort, abgesehen von dem unten zu erörternden Einführungsgesetze der Allgemeinen deutschen Wechselordnung, überall keinen gesetzlichen Cours, sind nicht tarifirt, wie dies die Verordnung vom 25. Januar 1848

Gesetzsammlung Bd. VII. p. 31

ausdrücklich besagt. Fremde, in einem Lande nicht tarifirte Münzsorten sind aber in den darüber ausgestellten Schuldverschreibungen nur als Waare aufzufassen und so also auch die preuß. Thaler in Frankfurt.

Souchay Anmerk. zur Reform. Th. I. p. 166.

Hiernach unterliegen sie, wie jede Waare, den nach den jeweiligen Platzverhältnissen schwankenden Preisen, die der notirte Börsencours angibt, und so kommen denn auch im Gegensatz gegen die als Vereinsmünze geprägten 2 Thaler- oder $3\frac{1}{2}$ Guldenstücke die preuß. Einthalerstücke in den Frankfurter Cours-Tabellen vor,

Noback Münz-, Maß- u. Gewichtsbuch Heft 3 p. 201 — 2

wie ja auch darüber die Partheien einverstanden sind.

Ist aber dem so, so unterliegt es nicht dem mindesten Zweifel, daß — insofern nicht aus dem Einführungsgesetze der Allgem.

deutschen Wechselordnung sich ein Anderes ergeben sollte — der Beklagte dem Kläger am 17. Juli 1854 entweder Thlr. — in preußischer Münze anschaffen oder soviel Frankfurter Münze zahlen mußte, als dem Kläger erforderlich war, um sich Thlr. — preuß. Ct. zu verschaffen, also denjenigen Preis des Thalers, den der am 17. Juli 1854 notirte Cours ergibt.

Die Frage, wie eine in einer fremden Münze contrahirte Schuld, deren Werth sich gar nicht geändert hat, zu bezahlen sei, ist nämlich von der so sehr controversen, welchen Einfluß eingetretene Münzveränderungen auf die Abtragung einer Geldschuld haben, ganz verschieden. Jene Frage hat auch Savigny, auf den sich das Appellationsgericht mit dem Kläger bezogen hat, gar nicht berührt, und über ihre Beantwortung dürfte eine Meinungsverschiedenheit überall nicht obwalten. Denn wie das preuß. Landrecht,

Thl. I. tit. 11 § 785. 786

so entscheiden auch Schriftsteller, die in der Beantwortung der controversen Frage von einander abweichen, jene in dem obigen Sinne.

Wening-Ingenheim Bd. III. § 5

Pfeiffer pract. Ausführ. Thl. I. p. 61 § 6 a. E.

Ueber sie sind auch die beiden Bearbeiter des Frankfurter Rechts völlig einverstanden.

Bender Handbuch des Frankf. Privatr. p. 368

Souchay Anmerk. Thl. I. p. 182 — 183.

Und wenn der Beklagte in erster Instanz behauptet hat, daß der Courswerth fremder Geldsorten, also auch der preuß. Thaler, sich in Frankfurt lediglich auf den An- oder Verkauf solcher Münzsorten beziehe, die Zahlung der darin ausgedrückten Schulden dagegen nicht berühre, so hat er diese Behauptung in gegenwärtiger Instanz selbst als eine unwahre widerlegt, indem er eine Vereinbarung einer großen Zahl Frankfurter Kaufleute vom 9. März 1848 beigebracht hat, worin diese sich gegenseitig verpflichten, in allen Zahlungen, die sie von einander zu empfangen haben, auch die von Preußen im 14 Thaler Fuße geprägten ganzen Thaler zu dem conventionellen Tarife, den Thaler zu fl. 1. 45 kr., anzunehmen. Denn wäre es richtig, was er früher behauptete, daß die

in fremden Münzen ausgedrückten Geldschulden nur nach dem reinen Silbergehalt in Frankfurter Münze bezahlt zu werden brauchten und daß die Coursnotirungen dieser fremden Valuten sich nur auf den Geldwechsel bezögen, so hätte es jener Vereinbarung gar nicht beburft.

Die Bezugnahme aber auf die Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Sachen Klemm c. Lemme (Bd. I. p. 65) ist eine ganz unpassende, da diese Entscheidung auf eine Schuld in Conventionsmünze geht, Conventionsmünze aber in Frankfurt tarifirt ist und zwar nach dem fl. 24 Fuß.

Noback a. a. O. p. 200

Souchay Anmerk. I. p. 163 — 164.

Somit fragt es sich nur noch, ob durch den § 7 des Einführungsgesetzes*) der Allgem. deutschen Wechselordnung vom 27. März 1849 den preußischen Thalern ganz allgemein der gesetzliche Cours von fl. 1. 45 kr. gegeben ist. Dies ist aber mit den vorigen Richtern nicht anzunehmen, und zwar aus dem Grunde, weil der § 7 nur eine singuläre Vorschrift für Wechselzahlungen ist, welche nicht auf andere Zahlungen ausgedehnt werden kann, weil sie eine Ausnahme von dem obigen allgemeinen Principe sanctionirt, wonach Zahlungen verschriebener fremder Valuten nach dem jeweiligen Courswerthe am Zahlungsorte zu leisten sind. Hiernach sind

1. die Gründe des Beklagten, warum es nicht darauf ankomme, daß der § 7 in einem auf die Wechselordnung sich beziehenden Gesetzes steht, nicht zutreffend, und ebensowenig

2. der Grund, daß der im art. 100 der prov. Proceßordnung, welcher nur von Wechseln handle, enthaltenen Bestimmung, daß Zinsen der Wechselsumme vom Tage des levirten Protestes gefordert werden können, namentlich vom Oberappellationsgericht eine allgemeine Anwendung auf alle Verzugszinsen gegeben

*) § 7. Diejenigen Wechsel, welche in preußisch Courant zu 105 kr. oder in preuß. Thalern, wenn das Wort „effectiv" nicht beigefügt ist, auf Frankfurt ausgestellt werden, kann der Bezogene entweder in preuß. Silbergelde oder in Gulden, den preuß. Thaler zu fl. 1. 45 kr. berechnet, bezahlen.

sei. Denn das Oberappellationsgericht hat in dieser Bestimmung nur die Bestätigung eines allgemeinen auch in Frankfurt geltenden Princips erblickt.

Bender Handb. des Frankf. Privatr. p. 355 — 56.

Wenn sodann der Beklagte

3. gegen die Annahme, daß der § 7 ein jus singulare für Wechselzahlungen enthalte, geltend macht, daß dann der schon durch die Frankfurter Wechselordnung von 1739 art. 36 beseitigte Unterschied zwischen Wechsel- und Waarenzahlungen wiederum eingeführt sein würde, so trifft dieser Einwand schon deßhalb nicht zu, weil das, was jener Artikel und auch spätere Verordnungen bekämpfen, darin bestand, daß in Frankfurt gangbare Münzen im Waarenhandel dem Verkäufer durchgängig zu einem höheren Werthe berechnet wurden, als dies bei Wechselzahlungen geschah,

Span Frankf. Wechselr. p. 56

während es sich hier von fremden Valuten handelt, deren Cours je nach den Geldverhältnissen bald unter, bald über dem Silberwerth stehen kann, daher es nicht zutrifft, wenn der Beklagte bemerkt, daß durch die Feststellung eines gesetzlichen Courses der preußischen Thaler für Wechselzahlung allein das frühere Verhältniß auf den Kopf gestellt sein würde. Wenn endlich

4. der Beklagte für die Absicht des Gesetzes, dasjenige zu sanctioniren, was bereits im täglichen Verkehre nicht bloß bei Wechselzahlungen Geltung gehabt habe, sich auf die schon oben in Bezug genommene Vereinbarung Frankfurter Kaufleute beruft, so beweiset dieses um so weniger, als es ja der gegenwärtige Proceß zeigt, daß noch fortwährend in Frankfurt der Cours preußischer Thaler notirt wird, und noch in dem neuesten sehr genauen Werke über die Münzverhältnisse der einzelnen Staaten der Geldcours der preuß. Thaler in Frankfurt von dem dortigen durch § 7 cit. festgestellten gesetzlichen Cours bei Wechselzahlungen unterschieden wird.

Noback a. a. O. p. 202.

Und ebensowenig verschlägt für seine Behauptung die in Bezug genommene Zeitungsnotiz, daß die Zinscoupons der neuen $3\frac{1}{2}$ procentigen preußischen Prämien-Anleihe bei Rothschild der

Thaler zu 105 kr. gerechnet, erhoben werden könnten, da es theils keinem Zweifel unterliegt, daß dies, wie bei den übrigen preußischen Anleihen,

Noback a. a. O. p. 204

auf den besonderen Bedingungen der Anleihe beruht, theils durch jene Annonce keine Nöthigung der Coupons-Inhaber erwiesen ist, die Zinsen in Frankfurt zu dem angegebenen Course zu erheben.

107. Verzugszinsen sind vom Tage der außergerichtlichen Mahnung zuzuerkennen.

Die Verurtheilung des Beklagten in Verzugszinsen seit dem 17. Juli 1854 rechtfertigt sich durch die im Erkenntnisse des Appellationsgerichts in Bezug genommenen Präjudicate des Oberappellationsgerichts so vollständig, daß es einer weiteren Ausführung nicht bedarf.

Das Appellationsgericht erkannte: die zweite Beschwerde ist nach den Präjudicaten des Oberappellationsgerichts

Laubinger c. Kirchheim 1840

Leonhard u. Blum c. Stiebel 1841,

nach welchen der art. 100 *) der prov. Proceßordnung nicht als jus singulare für Wechselforderungen angesehen werden kann, und Verzugszinsen in allen Fällen auch von Zeit früherer Interpellation zuerkannt werden können, verwerflich.

*) cf. oben p. 223 sub 2.

XLI.

Maria Christina Schneider, geb. Abel dahier, Liquidantin

contra

die Debitmasse ihres Ehemannes Carl Schneider, Liquidatin.

Dem Separationsgesuch der Liquidantin gegenüber opponirte der Curator und Contradictor der Schneider'schen Debitmasse

1. die Einrede, Liquidantin habe von der Aufopferung ihres Vermögens im Geschäfte ihres Ehemannes Kunde gehabt und dennoch die Hineinziehung geschehen lassen;

2. die Einrede, das Geschäft sei gemeinsame Sache beider Eheleute gewesen;

3. die Einrede, die Liquidantin habe bei der Geschäftsführung ihres Ehemannes thätig mitgewirkt. Die Liquidantin stellte außer einem Leugnen des Factischen hier die Replik entgegen, daß ihr am 20. Januar 1847 von ihrem Ehemanne eine Procura ausgestellt worden sei, und daß mithin alle nach jenem Tage von ihr vorgenommenen Handlungen nur im Namen ihres Ehemannes — als dessen institor ausgeführt anzusehen seien;

4. die Einrede, die Ehefrau habe die Insolvenz ihres Ehemannes durch culpa lata veranlaßt.

Das Stadtgericht erkannte am 29. November 1854 auf den Beweis des Liquidaten, daß die Liquidantin vor dem 20. Januar 1847 an dem Handlungsgeschäfte ihres Ehemannes thätigen Antheil genommen habe. Auf Appellation der Liquidatin wurde dieses Erkenntniß vom Appellationsgericht am 12. Februar 1855 bestätigt, während das Oberappellationsgericht am 19. März 1856 unter Compensation der einen Hälfte und Verurtheilung des Liquidaten in die andere Hälfte der Kosten zweiter und dritter

Instanz dahin erkannte, daß in jenem Beweissatze die Worte „vor dem 20. Januar 1847" in Wegfall zu bringen, dagegen aber der Liquidantin der Beweis vorzubehalten sei, daß und wann die ihr am 20. Januar 1847 von ihrem Ehemanne ertheilte Procura durch Börsenanschlag öffentlich verkündigt worden sei.

108. Verfügungsrecht des Ehemannes über das bewegliche Vermögen seiner Ehefrau.

Anlangend die erste Beschwerde, so hat der Appellant dieselbe dahin gerichtet, daß seine Einrede, die Liquidantin habe von der Aufopferung ihres Vermögens im Geschäfte ihres Ehemannes Kunde gehabt und dennoch die Hineinziehung geschehen lassen, als rechtlich wirkungslos verworfen — — worden sei. — — Diesem Verlangen des Beklagten fehlt es an rechtlicher Begründung.

Im vorliegenden Falle handelt es sich bei der hier in Betracht kommenden Einrede überhaupt nur um das von der Ehefrau ihrem Ehemanne zugebrachte bewegliche Vermögen. Denn das von ihr inferirte Immobile ist noch unverändert vorhanden und nicht mit in die Handlung des Ehemannes hineingezogen worden, so daß von letzterem hier ganz abgesehen werden kann. — Nun ist aber der Frankfurtische Ehemann, wenngleich ihm ein wirkliches Mundium in Betreff seiner Ehefrau nicht zusteht und er insbesondere nicht berechtigt ist, über deren unbewegliche Güter zu verfügen, der legitime Verwalter des ihr zuständigen beweglichen Vermögens

Bender Privatr. p. 63

Souchay Anmerk. Im Nachtrage p. 1303.

Unter diesen Umständen kann daraus, wenn das bewegliche Vermögen der Ehefrau für den Geschäftsbetrieb des Ehemannes verwendet worden und dies selbst mit Wissen derselben geschehen sein sollte, kein Rechtsnachtheil für deren eventuelles Separationsrecht erwachsen. Dies würde nur dann geschehen können, wenn das geltende Recht die Ehefrau verpflichtete, gerichtliche Anträge auf Beseitigung oder doch Inhibirung der ehemannlichen Verwaltung zu stellen, falls sie von derselben Gefahr für ihr Vermögen zu besorgen Ursache haben sollte. Eine solche Verpflichtung besteht aber nicht und nur von einem Rechte der Ehefrau ist zu reden,

unter den geeigneten Voraussetzungen in ihrem Interesse sicherstellende Maßregeln herbeizuführen.

Die vorbemerkte Auffassung ist um so unbedenklicher, als das Prioritätsgesetz vom 10. Januar 1837 sub VI. das Separationsrecht der Ehefrau ausdrücklich anerkennt „unter der in der Ref. I. 49 § 5 ausgesprochenen Voraussetzung," so daß andere Voraussetzungen, als die in jenem Artikel angegebenen (welche letzteren sich auf das Fernhalten der Ehefrau vom „gemeinen Handel" und auf die Vermeidung „verschwenderischen Haushaltens" beziehen) nicht in Betracht kommen können.

169. Factische Circumstantiirung einer rechtlichen Gemeinschaft.

Bei der zweiten Beschwerde, dahin gerichtet, daß die Einrede, das fragliche Geschäft sei gemeinsame Sache beider Eheleute gewesen, als ungenügend substantiirt verworfen worden sei, kommt es nur auf eine Beurtheilung des Inhaltes der beklagtischen Aufstellungen erster Instanz an. Denn, den Rechtspunct anlangend, so besteht darüber keine Ungewißheit, daß wenn eine rechtliche Gemeinschaft zwischen den Schneider'schen Eheleuten in Betreff der Handlung stattgefunden hätte, von einem Separationsrechte der Liquidantin nicht die Rede sein könnte.

Nun mußte aber den unteren Instanzen darin beigepflichtet werden, daß factische Momente, welche eine rechtliche Gemeinschaft zu begründen geeignet wären, von dem Beklagten überhaupt nicht angeführt worden sind, daß vielmehr sein hierauf bezügliches Vorbringen nur vom factischen Zusammenwirken zu verstehen ist, indem er immer nur von der „gemeinschaftlichen Geschäftsführung" redet, ohne daß irgendwie einer Vereinbarung der Eheleute unter einander über die rechtliche Gemeinschaftlichkeit oder einer hierauf bezüglichen Manifestation nach Außen Erwähnung geschehen wäre.

110. Thätige Mitwirkung der Ehefrau in dem Geschäfte ihres Ehemannes. Ertheilung der procura an dieselbe.

Der Beklagte hat der Liquidantin die Einrede opponirt, daß sie bei der Geschäftsführung ihres Ehemannes thätig mitgewirkt habe.

Dieser als rechtlich zulässigen, an sich unbestrittenen Einrede hat die Klägerin, außer einem Leugnen des Factischen, die Replik entgegengesetzt, daß ihr am 20. Januar 1847 von ihrem Ehemanne eine Procura ausgestellt worden sei und daß mithin alle nach jenem Tage von ihr etwa vorgenommenen Verwaltungshandlungen nur den Character unpräjudicirlicher Functionen eines Institor an sich getragen hätten, durch welche die Vermuthung, das Geschäft sei ein beiden Ehegatten gemeinsames, ausgeschlossen worden sei.

Die vorderen Instanzen haben diese Replik für begründet erachtet und demgemäß den Beklagten nur zu dem Beweise zugelassen, daß die Kläger vor dem Tage der Vollmachts-Ausstellung in dem Geschäfte ihres Ehemannes thätig mitgewirkt habe.

Hiergegen hat der Beklagte Beschwerde erhoben und in einem gewissen Umfange mit Grund.

Den von der Liquidantischen Ehefrau geltend gemachten und im Wesentlichen von den früheren Instanzen adoptirten Argumenten kann nämlich nicht beigepflichtet werden. Dieselben bestehen darin, daß

a. indem die Ehefrau durch die Procura zum Institor des Ehemannes geworden sei, von einer persönlichen Verbindlichkeit derselben überhaupt nicht die Rede sein könne, indem, wo ein Institor handle, niemals dieser, sondern nur der Präponens obligirt werde;

b. daß die Ehefrau durch die Procura als eine vom Ehemanne abhängige Person hingestellt werde, und ihr mithin alsdann nicht mehr der Character der Selbstständigkeit zustehe, durch dessen Eintritt das Separationsrecht verwirkt werden würde. Hierbei wird

ad *a.* übersehen, daß es sich nicht um die Frage handelt, wer durch den betreffenden einzelnen Act der per procura mariti fungirenden Ehefrau obligirt werde, sondern darum, ob die Regel, zufolge welcher die an der Handelsgestion Theil nehmende Ehefrau den Creditoren mit ihrem Illatum verhaftet oder genauer ihres Separationsrechtes in Betreff dieses letzteren verlustig werde, durch

die Ausstellung der Vollmacht eine Abänderung oder Modification erleide. Und

ad *b.* das zweite Argument anlangend, so erscheint auch die nicht mit Procura versehene Ehefrau, wenn sie in ihres Ehemannes, auf dessen alleinigem Namen geführten Geschäfte mit fungirt, als untergeordnet und unselbstständig. Gleichwohl geht dessenungeachtet ihr Separationsrecht durch die Mitthätigkeit im Geschäfte verloren, und mithin kann jene der Ehefrau als Procuraträgerin beigelegte Eigenschaft nicht von rechtlichen Folgen sein.

Dagegen führt die im § 12 III, 7 der Reformation angegebene ratio der hier in Betracht gezogenen Bestimmungen, „daß diejenigen, so mit ihnen (den Eheleuten) handeln oder ihnen Geld und Arbeit aufborgen, nicht betrogen oder benachtheiligt werden," auf den Gesichtspunct hin, von welchem aus das vorliegende Verhältniß aufzufassen ist. Das Gesetz geht nämlich davon aus, daß die dritten Contrahenten, welche die Ehefrau im Geschäfte des Ehemannes fungiren sehen, zu der Annahme Veranlassung haben, dieselbe stehe mit dem Letzteren in Handelsgemeinschaft und hafte demnach den Creditoren des Geschäftes mit ihrem Vermögen. Es kommt demnach darauf an, ob im Falle der Ertheilung einer Procura jene Annahme der Creditoren als ausgeschlossen angenommen werden dürfe.

Nun ist zuvörderst so viel klar, daß ein bloßer Vertrag zwischen dem Ehemanne und der Ehefrau — also auch an sich eine der Letzteren vom Ersteren ertheilte Procura — nicht genügen kann, um das gesetzliche Präjudiz auszuschließen, nämlich das factische Verhältniß so umzugestalten, daß die Anwendung der ratio legis ausgeschlossen sei. Vielmehr müßte die Procura allgemein in solcher Weise verkündigt worden sein, daß das geschäfttreibende Publicum als mit derselben bekannt angesehen werden dürfte. Daß es nicht etwa auf die Kunde von der (bloßen) Procuristen-Qualität der Ehefrau allein bei denjenigen ankomme, welche durch Vermittelung der Ehefrau Geschäfte abschließen, ergibt sich daraus, daß es sich nicht um die Verbindlichkeit der einzelnen Geschäfte, sondern darum handelt, die oben berührte Präsumtion bei

allen denjenigen zu beseitigen, welche mit der Handlung, gleichviel ob durch die Person des Ehemannes selbst oder durch irgend welche denselben vertretende Person contrahiren.

Eine Verkündigung der eben erwähnten Art würde nun darin liegen, wenn die Procura durch Börsen-Anschlag bekannt gemacht sein sollte. Schon die

Wechsel- u. Mercantil-Ordnung von 1739 und die Zusätze zu derselben vom 29. October 1741

gedenken in den §§ 5 und 6 der Börsen-Notification in Betreff der Errichtung und Aufhebung von Compagnie-Handlungen und in den §§ 3 und 4 der Revocation ertheilter Procuren, als des ordentlichen und ausreichenden Mittels der Verkündigung mercantilischer Mittheilungen. Und auf der Grundlage jener Bestimmungen hat in neuerer Zeit die

Verordnung über die Börsen-Anschläge in Betreff der Firmen vom 20. October 1825

gefußt, indem sie dasjenige, was früher nur in Betreff von Compagnie-Handlungen Rechtens war, auch auf alle in Betreff von Einzelhandlungen vorkommende Acte der Errichtung, Veränderung oder Aufhebung ausdehnte. Man hat mithin nach Analogie der obigen Bestimmungen davon auszugehen, daß ein Mehreres als ein Börsen-Anschlag nicht erforderlich ist, um die hier in Betracht kommende Benachrichtigung aller Betheiligten als genügend beschafft anzunehmen, daß andererseits aber auch ohne den Börsen-Anschlag, wenigstens da, wenn nicht eine anderweitige speciellere Mittheilung an alle Geschäfts-Kunden behauptet und nachgewiesen sein sollte (etwa durch öffentlichen Anschlag im Geschäftslocale nach Anleitung der

L. 11 § 2 D. de inst. act. (14, 2),

wovon in concreto Nichts vorliegt) die Procura-Ertheilung in der hier besprochenen Richtung erfolglos sein müßte.

Es kommt demnach darauf an, ob mit der Appellatin der Börsen-Anschlag der in Rede stehenden Procura als geschehen bereits angenommen werden dürfe. Dies ist zu verneinen, da aus dem Inhalte des unter der Procura befindlichen Notariats-Instrumentes nicht mehr entnommen werden kann, als daß dem Notar

die Eintragung der Procura in das betreffende Protocoll aufgetragen worden ist, und daß jene Eintragung stattgefunden hat, ohne daß über den Börsen-Anschlag schon irgend Etwas vorläge. Die hier berührte Beschwerde des Beklagten war mithin an sich begründet, und die Zeitbeschränkung des Beweissatzes in Wegfall zu bringen, wogegen der Liquidantin der Beweis der Verkündigung der Procura durch Börsen-Anschlag vorzubehalten war, wobei es denn eventualiter auf den Zeitpunct des letzteren (20. Januar 1846) ankommen wird.

111. Verlust des Separationsrechtes.

Der Appellant hat seine vierte Beschwerde dahin gerichtet, daß nicht seine Einrede, die Ehefrau Schneider habe die Insolvenz ihres Ehemannes durch **culpa lata** veranlaßt, zum Beweise verstellt worden sei.

Nun sind die Voraussetzungen, unter denen die Ehefrau eines Falliten wegen schuldvollen Verfahrens ihres Separationsrechtes verlustig gehe, in der Ref. I. tit. 49 § 5 dahin angegeben, daß es ankomme auf „verthunigs prächtiges Wesen, böses Haushalten und Verschwenden." Hiervon bringt der Appellant der Liquidantin Nichts zur Last. Sie soll vielmehr nur als Procuristin verkehrte und dem Vermögen des Ehemannes Schaden bringende Maßregeln vorgenommen oder veranlaßt haben. Hierbei fehlt es aber nicht nur gänzlich an näheren Angaben, während doch das Genauere der in Betracht zu ziehenden factischen Umstände hätte angeführt werden müssen, sondern das Vorbringen des Appellanten entbehrt auch jedes rechtlichen Fundamentes, da keineswegs der Verlust des Separationsrechtes die Folge von Handlungen der betreffenden Art sein können, sondern der Liquidantin nur der Belauf des betreffenden Interesses zur Last zu bringen sein würde. Ueberdies hätte die Liquidantin nur so weit zu haften gehabt, als die betreffenden Maßregeln nicht in Uebereinstimmung mit den Ansichten des Ehemannes vorgenommen sein sollten oder als nicht nachträglich eine Genehmigung von Seiten desselben erfolgt wäre.

XLII.

Die Direction der Cöln-Mindener-Thüringer-Verbindungs-Eisenbahn-Gesellschaft, modo die königl. Preußische Direction der Westphälischen Eisenbahn zu Soest, Klägerin

contra

Zacharias Königswärter dahier, Beklagten.

Ein provisorisches Comité zu Paderborn eröffnete am 26. März 1845 eine Actienzeichnung zu einem Schienenwege, welcher die Thüringer- mit der Cöln-Mindener-Eisenbahn von der kurhessischen Grenze über Paderborn bis Lippstadt verbinden sollte. Beklagter betheiligte sich bei dieser Actienzeichnung mit Thlr. —. In der hierauf abgehaltenen Generalversammlung der Actionäre, in welcher sich Beklagter durch einen Bevollmächtigten vertreten ließ, wurde mitgetheilt, daß die Cöln-Mindener Eisenbahn nicht über Lippstadt, sondern über Hamm geführt werde, und hierauf beschlossen, die Verbindungsbahn statt nach Lippstadt über Soest nach Hamm zu führen, auch zugleich ein Gesellschaftsstatut entworfen, welches später die allerhöchste Bestätigung erhielt. Klägerin klagt nun gegen K. auf Zahlung der zweiten Einzahlung mit 10 % und einer Vertragsstrafe von 2 %. Beklagter, abgesehen von den Einwendungen gegen die Legitimation der Klägerin, schützt vor, daß, da die fragliche Bahn nicht nach Lippstadt, sondern nach Hamm geführt worden sei, somit der Gegenstand des Vertrages zwischen dem Vorstande der Gesellschaft und den Actionären ein anderer geworden sei, der Anspruch der Klägerin gegen ihn grundlos sei. Kläger entgegnete noch mit der Replik der Genehmigung, indem Beklagter nach jener Generalversammlung den ihm ertheilten Zusicherungsschein gegen einen von der Direction ausgestellten

förmlichen Quittungsbogen umgetauscht und die ersten 10 % eingezahlt habe.

Nachdem die Streitsache bis zum Schlusse verhandelt war, brachte der Anwalt ratihabirende Vollmacht der königl. Preußischen Direction der Westphälischen Eisenbahn bei, mit einem Atteste des Kreisgerichtes Soest, daß obige Verbindungsbahn in das Eigenthum des Preußischen Staats übergegangen sei und der Preußische Fiscus die Direction der Westphälischen Eisenbahn mit der Verwaltung beauftragt habe. Beklagter bestritt die Gültigkeit und Zulässigkeit dieser Uebertragung. Das Stadtgericht verurtheilte am 22. October 1851 den Beklagten zur Zahlung der libellirten Beträge und in die Proceßkosten. Auf Appellation des Beklagten und dessen Antrag auf Actenversendung bestätigte das Spruchcollegium zu Marburg am 5. August 1853 das erstinstanzliche Urtheil, falls nunmehrige Klägerin als angeblicher Rechtsnachfolger der Cöln-Mindener-Thüringer-Verbindungs-Eisenbahn-Gesellschaft sich besser, als geschehen, zur Sache legitimire, compensirte aber die Kosten der Appellationsinstanz mit Einschluß der Versendungskosten. Auf beiderseitige Appellation erkannte unter Compensation der Kosten das Oberappellationsgericht am 31. März 1856, daß das vorige Erkenntniß dahin näher zu declariren und zu vervollständigen, resp. abzuändern sei, daß die Klägerin sich durch Beibringung des Cessionsactes, wodurch die libellirte Forderung auf sie übergegangen, besser als geschehen, zur Sache zu legitimiren und demnächst Beklagter sich über das von der Klägerin vorzulegende Legitimationsmaterial binnen einer vom Stadtgerichte zu präfixirenden Frist bei Strafe der Ausschließung zu erklären habe, auch Beklagter verpflichtet sei, die durch die in voriger Instanz veranlaßte Actenversendung erwachsenen Kosten allein zu tragen.

112. Cession litigiöser Forderungen. Cession von Rechten, die mit Verbindlichkeiten vermischt sind. Cession an einen Mächtigeren. Angabe eines Titels für die Cession.

Der Beklagte hat mittelst seiner ersten Beschwerde mit Unrecht sich darüber beschwert, daß der Eintritt des preußischen Fiscus in

den Rechtsstreit, nachdem der Actenschluß schon erkannt worden, für zulässig erachtet sei. Ganz abgesehen nämlich davon, daß der Eintritt eines neuen Proceß-Gegners nach der Litiscontestation in gewissen, in den Rechten enthaltenen Fällen erlaubt ist und mithin eine vornehmlich auf die Unzulässigkeit eines jeden solchen Eintritts gegründete Rechtsvertheidigung sich als verwerflich darstellt, so waren auch die materiellen, wider diesen Eintritt geltend gemachten Gründe unhaltbar. Denn

1. die Unrichtigkeit des allgemeinen Rechtssatzes, daß Rechte, welche mit Verbindlichkeiten vermischt sind, keine Cession zulassen, ist heutzutage nach gemeinem Rechte nicht mehr bestritten und war im Preußischen Rechte von jeher anerkannt.

2. Das Verbot einer Cession an einen Mächtigeren ist dem Preußischen Rechte ganz unbekannt und nach gemeinem Rechte nur für den Fall gegeben, daß eine solche Cession in böslicher, den Schuldner verletzenden Absicht geschehen sein sollte.

Vangerow Pandecten 6. Aufl. § 574 p. 120 — 122.

Das Vorhandensein einer solchen Absicht aber ist von dem Beklagten nicht behauptet worden und allen Umständen nach gar nicht anzunehmen.

3. Schon in den Gründen zum ersten Urtheil ist darauf hingewiesen, daß das Preußische Recht nicht, wie das gemeine, die Cession streitiger Forderungen untersage. Allein auch nach Letzterem, welches in Frankfurt gilt, dessen Recht als das des Ortes, wo der Proceß geführt wird, für diese Frage zur Anwendung zu bringen wäre, mußte es für unstattnehmig erachtet werden, das Verbot der L. 4 C. de litig. (4, 37), namentlich unter Berücksichtigung der im § 1 anerkannten Ausnahmen, in einem Falle zur Anwendung zu bringen, wo eins der bisherigen Proceßsubjecte zu existiren aufhört und ein Rechtsnachfolger, wenngleich in den beim Uebergang von Rechten und Verbindlichkeiten unter Lebenden geltenden Formen, dessen Stelle einnimmt.

4. Auch die Angabe eines Titels für die von der Klägerin behauptete Cession durfte nicht als Bedingung für den Eintritt des Fiscus erachtet werden. Nach gemeinem Rechte genügt zur Legitimation eines Cessionars die Behauptung und der Beweis des

Cessionsactes vorbehältlich der von dem Gegner gegen die Rechtsbeständigkeit des Titels etwa seinerseits vorzubringenden Einwendungen.

Fr. S. Scholl u. Mörs c. Beyschlag 1833.

Pörtner c. Herrmann 1849 (Bd. II. p. 161)

In dem vorliegenden Falle mußte aber nach, von dem Oberappellationsgerichte in einem ähnlichen Falle ausgesprochenen Grundsätzen

Fr. S. Lemme c. Bauer 1855 (oben p. 175)

das Preußische Recht zur Anwendung kommen. Da nun nach diesem

Allgem. Landr. Th. I. tit. 11 § 393

die Erklärung des Cedenten, der Cessionar solle von nun an befugt sein, das abgetretene Recht als das seinige auszugeben, und die Annahme dieser Erklärung von Seiten des Cessionars den Uebergang des sogenannten Eigenthums am Rechte begründen soll, so ist damit ausgesprochen, daß es auf die Behauptung und den Beweis des Rechtsgeschäftes, welches der Cession zum Grunde liegt, für die Geltendmachung der cedirten Forderung nicht ankomme.

Vergl. Präjudicate des Obertribunals Berlin 1849 p. 37 Nr. 1345.

113. Der Cessionar ist berechtigt, die Vorlage des Cessionsactes zu verlangen.

Die Beschwerde der Klägerin über die im vorigen Urtheil ihr auferlegte bessere Sachlegitimation mit dem Verlangen, das erste Erkenntniß herzustellen, konnte nicht für begründet erachtet werden. Die Bescheinigung des Kreisgerichtes zu Soest ist theils darin dunkel, daß der Character und Inhalt der in Bezug genommenen Verfügung vom 23. December 1848 nicht näher angegeben worden ist, und wenn man auch annehmen wollte, daß gedachte Verfügung mit dem im

Ges. vom 7. Dec. 1849 § 1 Nr. 2 (Preuß. Gesetzsamml. p. 437)

erwähnten, mit den Bevollmächtigten der Cöln-Minden-Thüringer-Verbindungs-Eisenbahngesellschaft am 23. December 1848 abgeschlossenen Vertrage identisch sei, so ist doch jedenfalls der Cessionar

berechtigt, die Vorlage des Cessionsactes, gleichgültig ob derselbe für sich allein besteht oder mit dem Rechtsgeschäft, welches der Cession zum Grunde liegt, verbunden ist, im Original oder beglaubigter Abschrift zu verlangen, und hat nicht nöthig, sich mit der Bescheinigung eines dritten Gerichts, daß die Cession stattgefunden habe, zu begnügen. Denn vornehmlich durch diese Vorlage wird der Cessionar möglicher Weise in den Stand gesetzt werden können, seine wider die Rechtsbeständigkeit der Cession, also in concreto seine sämmtlichen durch die Auflösung der Gesellschaft und den Eintritt des Fiscus veranlaßten materiellen, wie formellen Einwendungen geltend zu machen. Es war daher in diesem Puncte nicht bloß das vorige Urtheil zu bestätigen, sondern auch auf Grund der beklagtischen Beschwerde — — — so wie aus dem Urtheil ersichtlich zu declariren.

114. Verbindlichmachung durch einen Stellvertreter.

Die Beschwerde des Beklagten, daß Klägerin nicht wegen Grundlosigkeit ihres Anspruches abgewiesen worden sei, mußte verworfen werden. Denn — — — es steht

3. soviel fest, daß

a. der Weiterbau in der Generalversammlung vom 29. Mai 1845 beschlossen worden ist und der Bevollmächtigte des Beklagten von der Erweiterung des Unternehmens Kenntniß gehabt hat — eine Wissenschaft, welche dem Mandanten zum Nachtheil gereichen muß.

Vergl. v. Vangerow Pandecten 6. Aufl. Bd. 3 § 608 p. 319. 320.

b. Wenn nun der Beklagte — — auf Grund des art. 34 der provisorischen Proceßordnung für geständig zu erachten war, nach jener Generalversammlung die von der Direction eingeforderten ersten 10 % mittelst Annahme der betreffenden Quittungsbogen definitiv eingezahlt zu haben, so ergibt sich

c. aus beiden Umständen, daß der Beklagte in das erweiterte Unternehmen eingewilligt hat, und nicht mehr befugt ist, von solchem später zurückzutreten.

115. Kostencompensation. Kosten der Actenversendung.

Bei der in voriger Instanz erkannten Kostenvergleichung mußte es, der Beschwerde der Klägerin ungeachtet, belassen werden, da die Tragweite der zweiten Beschwerde des Beklagten, auf deren Grund jedenfalls nach den Ausführungen sub Nr. 113 das erste Urtheil abzuändern war, zur Zeit nicht zu bemessen ist; und aus gleichem Grunde waren die Kosten jetziger Instanz zu compensiren. Dagegen hat das vorige Urtheil mit Unrecht die Kosten der Actenversendung von den übrigen nicht getrennt, und war demnach, da Beklagter dieselbe in der Appellationsinstanz allein beantragt hat, von diesem der hierdurch veranlaßte Kostenaufwand allein zu tragen, mithin dieser Beschwerde der Klägerin insoweit zu entsprechen.

XLIII.

Die Theodor Mülhens'sche Fideicommiß-Administratoren dahier, Imploranten.

Nachdem Theodor Mülhens unter Curatel gestellt worden war, verlangte dessen Curator von den Administratoren des dem Curanden zuständigen Fideicommisses Rechnungsablage und Nachweis über die Capitalsanlagen. Die Administratoren verweigerten diese Rechnungsstellung, erboten sich jedoch, dem Curator quaest. alljährlich über Eingang und Verwendung der Zinsen des ihnen im Testament der Wittwe Helene Bolongaro geb. Bertarelli zur Administration überwiesenen Fideicommiß-Vermögens Abrechnung unter Beifügung eines Nachweises über die Capitalanlage vorzulegen, auch dem Mülhens die demselben zukommenden Zinsbeträge nur mit des Curators Zustimmung zu verabfolgen. Das Stadtgericht II. erkannte am 18. December 1854, daß jene Administratoren Rechnung zu stellen hätten. Auf Appellation der Administratoren beließ es das Appellationsgericht am 31. Januar 1855 bei dieser Auflage, während das Oberappellationsgericht, die vorhergehenden Urtheile aufhebend, erkannte,

daß es bei jenem Erbieten der Administratoren sein Bewenden zu behalten habe.

116. Das Amt der Testamentarien richtet sich nach dem Testamente. Deren Rechnungspflichtigkeit. Ausdruck „pupillarische Verwaltung."

In Folge des oben erwähnten Erbietens der Administratoren reducirt sich die allhier zu treffende Entscheidung lediglich auf die Frage, ob nach der Stellung, welche das Testament der Wittwe Bolongaro geb. Bertarelli für den ihrem Enkel darin verschafften Erbtheil sowohl dem Theodor Mülhens selbst, als den für die Verwaltung jenes Erbtheils angeordneten Administratoren zugewiesen hat, eine rechtliche Verpflichtung der Letzteren zu einer jährlichen Rechnungsablage über die Capital-Verwaltung in dem Maße, wie solche in dem Stadtgerichts-Bescheide vorausgesetzt ist und fortan gewärtigt wird, anzuerkennen stehe. Dies aber war aus folgenden Gründen schlechthin zu verneinen. Allerdings wird man

1. trotz der nicht ganz klaren, überdies auch nicht völlig übereinstimmenden Weise, in welcher die Testatrix die beiden ihrem Sohne Bolongaro und gedachtem Enkel zugedachten Nachlaß-Hälften sowohl bezeichnet, als scheidet, und ungeachtet Letzterer nicht einmal auf Bezug und Genuß der Vermögens-Nutzungen einen selbstständigen und unbedingten Anspruch haben soll, nach § 1 und 3 davon auszugehen haben, daß Theodor Mülhens wirklicher Erbe seiner Großmutter geworden, wenn auch nur als heres fiduciarius zu behandeln ist. Denn dessen im § 1 erfolgte Erbeseinsetzung kann durch die im § 3 getroffene Bestimmung, es solle derselbe an dem auf ihn fallenden Vermögens-Antheil im Allgemeinen, d. h. abgesehen von den ihm nach § 7 sub 1 baar zu verabfolgenden fl. —, weder das Eigenthum, noch die Verwaltung, vielmehr lediglich den Genuß haben, immer nur als modificirt angesehen, der Ausschluß aller Eigenthumsrechte an jenem Antheil bloß dahin verstanden werden, daß Mülhens kein freies und volles Eigenthum haben, sondern dies Vermögen, wie auch unmittelbar nachher erklärt wird, lediglich ein Fideicommiß bilden solle. Allein

2. diese Erbberechtigung ist einerseits durch die vorliegend, trotz der Descendenten-Qualität des Mülhens mit Rücksicht auf dessen ausländischen Dienst und Aufenthalt beliebte Immission, auf welche der Stadtgerichts-Bescheid vom 18. December 1854 speciell hinweißt, nicht erweitert, andererseits nur unter den über die Verwaltung und eventuelle Verwendung dieses Fideicommisses im Testamente weiter getroffenen Bestimmungen gewonnen und nach Maßgabe der letzteren als wirksam anzuerkennen. Für das Verhältniß des Mülhens zum Nachlaß, wie zu der für dessen Verwaltung eingesetzten Administration, welche anzuordnen die Testatrix nach Analogie von

Ref. VII. 1. 3

und nach der Ausbildung, die das Institut der Testaments-Executoren im neueren Rechte erhalten hat, unzweifelhaft befugt war, kommt es sonach

3. wesentlich und allein auf Wortlaut, Sinn und Zweck derjenigen besonderen Dispositionen an, durch welche in dem Testamente, insbesondere in dessen § 3 diejenigen Rechte näher bestimmt und beschränkt worden sind, welche für den Mülhens aus der Erbenqualität an sich oder aus der ihm belassenen Nutzungsbefugniß herfließen würden. Dabei wird auch, was sich aus jenen Dispositionen über die Stellung und Berechtigung der Administratoren ergibt, nicht etwa bloß gegenüber dem Mülhens selbst, sondern ebensc nach außen hin und für die Gerichte als materiell maßgebend anzuerkennen sein, mag diesen immerhin nach allgemeinen Rechtgrundsätzen oder Inhalts des Testamentes formelle Concurrenz bei der Verwaltung und Verwendung des administrirten Vermögens in einzelnen bestimmten Beziehungen nicht versagt werden können;

arg. L. 16 § 1 u. 3 D. de curat. furios. (27, 10)

und wenn schon durch diejenigen Ereignisse und Maßregeln, welche hinterher in Bezug auf die anderweiten persönlichen Verhältnisse des Mülhens selbst eingetreten sind oder weiter eintreten möchten, namentlich durch die über ihn wegen Prodigalität verhängte Interdiction, seine persönliche Berechtigung und Rechts- oder Handlungsfähigkeit auch in Bezug auf das von der Testatrix

herstammende Vermögen mittelbar noch mehr beschränkt werden kann, als es bloß nach dem Testamente der Fall wäre, so wird doch alles dies den aus den letzteren resultirenden Verwaltungsrechten der Administratoren keinen Eintrag thun dürfen. Nun aber würde

a. schon aus den einleitenden Worten des § 3, welche die in großmütterlicher Fürsorge und in wohlmeinender Absicht getroffenen Verfügungen damit motiviren, daß Mülhens Leben ein verschwenderisches bisher gewesen und auf Besserung keine Aussicht vorhanden sei, mit Nothwendigkeit zu folgern stehen, daß die angeordnete Verwaltung eine durchaus selbstständige, von dem Willen und jedweder Controlle, wie Einwirkung des M. rechtlich ganz unabhängige habe sein sollen, da die Testatrix mit sich selbst in Widerspruch getreten sein würde, wenn sie eine solche Concurrenz ihrem für einen Verschwender erachteten und erklärten Enkel hätte belassen wollen. Noch bestimmter ergibt es sich

b. aus dem speciellen Inhalte des Testaments. — — Ferner fehlt es in dem Testamente an allen und jeden Bestimmungen, daß und wie die Administratoren über die Anlegung und Nutzbarmachung der Capitalien oder über die Erträgnisse des Vermögens Nachweis zu geben hätten, was jedenfalls in Verbindung mit ihrem Selbstergänzungsrechte ein erhebliches Argument dafür gibt, daß die Testatrix eine selbstständige, zumeist der Gewissenhaftigkeit und Einsicht der unmittelbar oder mittelbar von ihr ernannten Administratoren und Executoren anheimgegebene Verwaltung beabsichtigt habe. — — — Dasselbe geht daraus hervor, daß die Raten, in welchen die Zinsen dem M. zu verabreichen wären, schlechthin sowohl den Zeiträumen, wie den Beträgen nach, dem Ermessen der Administratoren anheimgestellt sind. — — — Allem Vorbemerkten gegenüber kann denn auch

c. weder darauf irgend Gewicht gelegt werden, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen jeder Verwalter fremden Vermögens, weil verantwortlich, auch als rechnungspflichtig zu erachten sei, noch der im § 4 von der Testatrix gebrauchte Ausdruck, es sei der dem M. verschaffte Theil ihres Nachlasses „pupillarisch zu verwalten," von erheblichem Gewichte sein. Denn letzterer fände eben

darin, daß die Verwaltung von jeder Mit- und Einwirkung des M. völlig und ebenso frei sein soll, als im Falle wirklicher Pupillar-Verwaltung der Mündel selbst, obwohl der eigentlich und allein Berechtigte, schlechthin ausgeschlossen ist, seine ganz natürliche Erklärung, und kann jedenfalls dahin verstanden werden, daß die Administratoren bei aller formellen Selbstständigkeit ihrer Verwaltung doch in materiellem Betrachte darauf Bedacht nehmen sollten, in der Art, wie es bei Pupillar-Verwaltungen üblich oder vorgeschrieben ist, das Vermögen sicher anzulegen und nutzbar zu machen. Anbelangend aber den ersteren Grund, so würden trotz aller Selbstständigkeit der Administration nicht bloß für den Fall wirklicher Malversationen, wie einer dolosen oder culposen Verwaltungsweise, die Betheiligten befugt sein, ein gerichtliches Einschreiten zu veranlassen, sondern es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß bei der mit M. Tode eintretenden Endschaft ihrer Verwaltung die Administratoren denjenigen Personen, an welche dann das Vermögen auszuantworten ist, vollständige Rechnung zu legen auf Grund der die Testaments-Executoren betreffenden, von dem Curator geltend gemachten Vorschrift in

Ref. IV. 11 § 3

verbunden sein werden. Daraus folgt aber keineswegs, daß sie während laufender Administration, noch daß sie dem M. oder daß sie den Gerichten zu jährlich wiederkehrendem Ausweise über die Capitals-Anlegung und Nutzbarmachung verbunden und deßfallsigen Weisungen Folge zu geben schuldig seien.

XLIV.

Carl Loos in Darmstadt, Kläger

contra

Franz Balon dahier, Beklagten.

Der Kläger hatte unter Aussetzung der Beweisverhandlungen in der Hauptsache den Beweis seiner Legitimation dahin zu führen,

daß er zu Führung der Firma A. Loos auf den Alkolometern allein berechtigt sei. Kläger führte unter Anderem diesen Beweis dadurch, daß seine sämmtlichen Geschwister, resp. deren Vormünder mit Ausnahme eines einzigen Bruders der sich in Amerika befindet, erklärten, daß die Firma durch Erbgang von ihrem Vater A. Loos auf den Kläger übergegangen sei. Die Beklagten bestritten die Beweiskraft dieses Beweismittels als eines unbeschworenen Zeugnisses. Das Stadtgericht erkannte am 9. Juli 1855 den Beweis als nothdürftig erbracht, welches Urtheil auf Appellation des Beklagten vom Appellationsgerichte am 8. October 1855 bestätigt wurde, während das Oberappellationsgericht unter Compensation der Kosten 2. und 3. Instanz am 27. Mai 1856 dahin erkannte, daß die Activlegitimation des Klägers, unbeschadet des Fortgangs der Hauptsache, erst dann als erwiesen anzusehen sei, wenn Kläger entweder binnen einer geräumigen, vom Stadtgerichte anzuberaumenden Frist „die Einwilligung des nach Amerika gegangenen Joh. Friedr. Loos zur Fortführung des väterlichen Geschäftes unter der väterlichen Firma A. Loos abseiten des Klägers" in beglaubigter Form beibringen oder aber eidlich erhärten könnte und wollte, daß sein nach Amerika gegangener Bruder Joh. Friedr. Loos oder ein rechtlicher Vertreter desselben in die Fortführung des väterlichen Geschäftes unter der väterlichen Firma „A. Loos" von seiner, des Klägers, Seite eingewilligt habe.

117. **Pro herede gestio** in Betreff eines Erbschaftsgegenstandes. Nachträgliche ausdrückliche Anerkennung von Seiten einzelner Miterben.

Der in Betreff des Legitimationspunctes nachgelassene Beweissatz ist geführt, sobald der Uebergang der Firma sammt dem Geschäfte des Vaters auf den Kläger im Wege des Erbganges dargethan sein sollte. Dieser Beweis liegt fast vollständig vor, da von den Geschwistern Loos, resp. deren jetzigen Vertretern, mit Ausnahme des nach Amerika gegangenen Johann Friedrich Loos, unterm 23. Januar 1855 die Erklärung, daß sie nach Ableben ihres Vaters Andreas ihrem Bruder Carl Loos die Fortführung des väterlichen Geschäftes unter der väterlichen Firma

A. Loos übertragen haben, mittelst beglaubigter Namensunterschrift vollzogen worden ist. Diese Erklärung darf nicht als schriftliche Zeugenaussage über ein früher unter den Erben abgeschlossenes Rechtsgeschäft aufgefaßt werden, sondern enthält vielmehr ein Geständniß derselben, mittelst dessen sie das Vorhandensein eines Abkommens in Betreff gedachten Geschäftes bekunden und von Neuem bekräftigen: mithin keine unzulässige und unvollständige schriftliche Zeugenaussage, sondern eine schriftliche rechtliche Disposition. — — Dagegen fehlt dem Documente allerdings die Unterschrift des nach Amerika gegangenen Johann Friedrich Loos. Wenn nun gleich theils in dem von der Bürgermeisterei und dem Kreisamte bezeugten mehrjährigen offenkundigen Fortbetrieb des Geschäftes abseiten des Klägers, theils in der Willenserklärung der sämmtlichen übrigen Geschwister, resp. ihrer gesetzlichen Vertreter, erhebliche Momente dafür enthalten sind, daß auch J. F. Loos mit der in Rede stehenden Uebertragung einverstanden gewesen sein werde, so konnte gleichwohl bei dem ausdrücklichen Widerspruch des Beklagten der dem Kläger auferlegte Beweis nicht für vollständig erbracht erachtet werden. Vielmehr war dem Kläger, wozu sich derselbe auch eventuell ausdrücklich erboten hat, die Nachlieferung gedachter Einwilligung oder der aus dem Urtheil ersichtliche Erfüllungseid alternativ aufzulegen. Der Fortgang des Rechtsstreits in der Hauptsache durfte jedoch von der Erledigung des Legitimationspunctes nicht abhängig gemacht werden, und hat für den Fall, daß Kläger das Attest seines Bruders aus Amerika herbeizuschaffen außer Stande sein, oder sofort, resp. später den ihm auferlegten Erfüllungseid abzuleisten Bedenken tragen sollte, in Ansehung der Frage, welchen Einfluß gedachter Mangel auf die Hauptsache habe, dem richterlichen Ermessen bei Abgabe des Endurtheils nicht vorgegriffen werden sollen.

XLV.

Staatsminister Freiherr Georg Ferdinand von Lepel dahier, Kläger

contra

M. A. von Rothschild u. Söhne dahier, Beklagte.

In Folge des in Bd. II. p. 350 mitgetheilten Urtheils überreichten die Beklagten eine Rechnung über ihre Geschäftsbesorgung für die Inhaber der Greiffenclau'schen Obligationen. Sie gaben dabei an, daß sie an die Herrn von Greiffenclau für 130 Stück Partialobligationen à fl. 1000 baar fl. 110,500 bezahlt hätten, welche auch bei dem v. Greiffenclau'schen Debitwesen mit Rücksicht auf das Specialpfand locirt worden seien. Ferner hätten sie durch Abrechnung bezahlt fl. 13,000, die zufolge Urtheils des Oberappellationsgerichtes zu Wiesbaden gleiche Rechte, wie obiges Darlehn zu genießen hätten. Endlich seien mit Zustimmung der Herrn von Greiffenclau fl. 6500 als Reservefonds von den Beklagten zurückbehalten worden, welche Summe ihnen aber von den Nassau'schen Gerichten in dem von Greiffenclau'schen Debitwesen abgesprochen worden sei. Außerdem liquidiren die Beklagten eine Reihe von Gerichtskosten, welche sie gegen die von Greiffenclau'schen Debitmasse aufgewendet hätten.

Das Stadtgericht erkannte am 5. August 1852

2. die Beklagten haben innerhalb 14 Tagen $6\frac{1}{2}$ Partialobligationen des von Greiffenclau'schen Anlehens (fl. 6500) zur Verloosung zu bringen und die gezogen werdenden Partialobligationen mit dem vollen Capitalwerthe von fl. 1000 sammt rückständigen und laufenden Zinsen einzulösen.

3. Die Rechnung des Beklagten ist in folgender Weise abzuändern:

a. Der Betrag der Anleihe ist nur mit fl. 123,500 aufzuführen;

b. die Zinstermine sind nur aus diesem sich successiv noch mindernden Betrage zu berechnen;

c. die Posten, den s. g. Reservefonds betreffend, haben aus dem Soll und Haben auszufallen und sind statt deren

d. die jeweiligen Vorschüsse der Beklagten an den nächsten Eingängen in Abzug zu bringen, diese somit um den durch den Abzug verminderten Betrag in die Einnahme zu stellen;

e. der Einnahme sind die in [45] verzeichneten weiteren Bezüge zuzufügen;

f. die Deserviten von fl. — — sind nur mit fl. — in Ausgabe zu bringen;

g. die Rechnung ist je bei den obligationsmäßigen Terminen der Zinszahlung und Capitalablage abzuschließen, dergestalt, daß ersehen werden kann, welche Gelder zu den gedachten Terminen vorhanden waren und welche verwendet wurden.

5. Kläger hat — darzuthun, entweder, daß Beklagter ihm die Zusage gemacht, er solle keinen Kreuzer verlieren, oder daß durch die von den Beklagten im Jahre 1825 unterlassene Hypothekenklage ihm ein Schaden und in welchem Betrage entstanden sei.

Auf beiderseitige Appellation erkannte unter Kostencompensation

I. das Appellationsgericht am 29. September 1854 bestätigend mit folgenden Zusätzen:

1. für den Fall, daß nach der demnächstigen Verloosung der, pos. 2 des stadtgerichtlichen Erkenntnisses erwähnten 6½ Partialobligationen der Kläger nachzuweisen — im Stande sein sollte, daß eine oder mehrere der herausgekommenen Obligationen sich unter denjenigen befunden haben, welche der Kläger bei Anstellung dieser Klage dem Beklagten gegenüber vertreten hat, sind die Beklagten verbunden, rücksichtlich dieser Obligationen von den jeweilig verfallen gewesenen Zinsterminen 5 % Verzugszinsen an den Kläger zu entrichten.

4. Würde Kläger — nachweisen, daß die von den Beklagten

in Sachen gegen die Freiherrn v. Greiffenclau, resp. gegen deren Debitmasse zur Geltendmachung der Dahrlehnsforderung von fl. 123,500 aufgewendeten Proceß- und Liquidationskosten im Gesammtbetrag von fl. — aus dem Grunde und wie weit compensirt worden sind, weil die Beklagten entweder solche Forderungen, welche die Inhaber der v. Greiffenclau'schen Partialobligationen nicht berührten oder welche ganz unbegründet waren, mit in Anspruch genommen rc., so haben die Kosten, insoweit der Beweis erbracht wird, aus der Beklagten Rechnung auszufallen.

5. Für den Fall, daß der ad 4 gedachte Beweis des Klägers ganz oder theilweise mißlingen sollte, haben die Beklagten — nachzuweisen, welche der von ihnen aufgerechneten Proceß- und Liquidationskosten zur Realisirung des Anlehens von fl. 123,500 aufgewendet worden sind, mit Ausschluß aller durch die Geltendmachung des Theilbetrages von fl. 6500 — — erwachsenen Kosten. Nur der solchergestalt nachgewiesene Betrag der fraglichen Kosten ist demnächst in Ausgabe zu bringen.

6. Die von den Beklagten in Anspruch genommenen Spesen für Verloosung der Obligationen, für neue Zinscoupons, Insertionsgebühren und $^1/_2$ % Provision haben aus der Rechnung auszufallen.

8. Bei der in pos. 5 des stadtgerichtlichen Erkenntnisses dem Kläger nachgelassenen Beweisalternative hat Kläger weiter darzuthun: „wann ihm die fragliche Zusage gemacht worden ist und welche Partialobligationen er damals den Beklagten gegenüber vertreten hat.

II. Das Oberappellationsgericht am 31. Mai 1856:

1. Daß eine Ausloosung von 6 $^1/_2$ Partialobligationen und Einlösung der gezogenen Nummern des Klägers zum vollen Capitalwerthe nebst rückständigen und laufenden Zinsen und Verzugszinsen von den einzelnen verfallenen Zinsterminen nicht einzutreten habe, die Beklagten dagegen schuldig seien, für den ausgeschiedenen entsprechenden Capitalbetrag von fl. 6500 nebst Zinsen aus eigenen Mitteln zu haften und daher ein Anspruch des Klägers auf Auszahlung von $^{17}/_{106}$ dieses Betrages nebst den Zinsen seit dem

15. März 1842 (resp. 15. September 1839) für liquid zu erklären, und im Uebrigen die zu stellende Rechnung nach den Vorschriften des Stadtgerichts-Erkenntnisses unter 3 *a b c d e* und *g* einzurichten sei;

2. von den im ebengedachten Erkenntnisse unter 5 dem Kläger nachgelassenen beiden Beweisalternativen die zweite gänzlich in Wegfall zu bringen, die erste aber dahin zu fassen sei, „daß nachdem in den von den Freiherrn v. Greiffenclau nach Inhalt ihrer Schuldverschreibung zu leistenden Zahlungen eine Stockung eingetreten, der Kläger die Beklagten aufgefordert habe, die Inhaber der Partialobligationen zu gemeinsamen Maßregeln zu veranlassen, der damalige Chef des beklagtischen Hauses ihn unter der Zusicherung beruhigt habe, daß von den Beklagten bereits die nöthigen Schritte eingeleitet seien und die Inhaber der Partialobligationen keinen Kreuzer verlieren sollten;

3. von den im Erkenntnisse des Appellationsgerichtes unter 4 und 5 normirten Beweisen

a. in dem sub 4 die auf den v. Greiffenclau Concurs sich beziehende Worte „resp. gegen deren Debitmasse" und „Liquidationskosten" zu streichen;

b. der Beweis sub 5 aber dahin zu fassen sei: „daß und zu welchem Betrage die mit fl. — den Partialgläubigern zur Last gebrachten Proceßkosten aus den Jahren 1830 und 1831 im Interesse der eigentlichen Anleihe mit Ausschluß des s. g. Reservefonds von fl. 6500 aufgewendet worden seien.

118. Begründung des Mandats. Haftung der Mandatare und Geschäftsführer.

Soviel den s. g. Reservefonds betrifft, so war die principale Beschwerde, welche im Wesentlichen dahin geht, daß nicht diese fl. 6500 den Inhabern der Partialobligationen gegenüber so behandelt seien, als wären sie den Anleihenehmern wirklich ausbezahlt, als unbegründet zu verwerfen.

1. Die Beklagten sind den Partialgläubigern gegenüber von dem Augenblicke an, wo diese sich durch Uebernahme eines Theils der v. Greiffenclau'schen Anleihe bei derselben betheiligten,

als deren Mandatare oder Geschäftsführer zu behandeln. Denn einerseits heißt es in der Hauptschuldverschreibung der Herrn von Greiffenclau, diese hätten, nachdem sie sich entschlossen, ein Darlehn von fl. 130,000 aufzunehmen, die Herrn M. A. v. Rothschild u. Söhne ersucht und bevollmächtigt, sich für die Aufbringung dieses Darlehns zu verwenden, und da Letztere ihnen diese Summe verschafft und an sie ausgekehrt, so ermächtigten sie dieselben über die Summe von fl. 130,000 130 Partialobligationen von fl. 1000 per Stück ausfertigen zu lassen und zu unterzeichnen, welche sodann pro rata den Werth der Hauptschuldverschreibung haben sollten. Hiernach ist es von Anfang an die Absicht der Herrn v. Greiffenclau gewesen, direct von den künftigen Inhabern der Partialobligationen ein Darlehn aufzunehmen, und sie haben sich dazu nur der Vermittelung der Beklagten bedient. Andererseits läßt sich nicht bezweifeln, daß die Beklagten in Folge des ihnen von den Anleihenehmern ertheilten Auftrags, wie es in solchen Fällen immer geschieht, eine Aufforderung zur Betheiligung bei dieser Anleihe entweder öffentlich oder an ihre Geschäftsfreunde haben ergehen lassen. Indem sie nun die Betheiligungs-Erklärungen acceptirten, die entsprechenden Einzahlungen entgegennahmen oder creditirten und demnächst den einzelnen Theilnehmern die Partialobligationen, in welchen erklärt ist, daß der Inhaber zu dem von den Beklagten negociirten Anlehen fl. 1000 baar beigeschossen habe, nebst einer Abschrift der Hauptschuldverschreibung zustellten, traten sie zu diesen Theilnehmern in das Verhältniß von Mandataren. Kraft dieses Mandatsverhältnisses, welches auf die gesammte Geschäftsführung bezüglich der fraglichen Anleihe ging, waren die Beklagten verpflichtet, die Herrn v. Greiffenclau zu Darlehnsschuldnern eines Capitals von fl. 130,000, der Hauptschuldverschreibung gemäß, zu machen. Dies haben sie aber hinsichtlich des fraglichen Betrags von fl. 6500 unterlassen, indem sie diesen nicht ausbezahlt, sondern zurückbehalten haben, und in Folge hiervon sind sie hinsichtlich dieses Betrages mit ihrer als Geschäftsführer der Partialgläubiger angestellten hypothecarischen Klage von den Nassauischen Gerichten abgewiesen und auch nach ausgebrochenem

v. Greiffenclau'schen Concurse nicht zur Befriedigung aus dem Specialpfande zugelassen worden. Jedenfalls aber

2. steht durch das, Bd. II. p. 350 ss. mitgetheilte Erkenntniß rechtskräftig fest, daß die Beklagten als Geschäftsführer der Partialgläubiger verpflichtet waren, durch Ausübung der ihnen zu diesem Behufe in der Hauptobligation ertheilten Rechte aus dem Vermögen der Herrn v. Greiffenclau die erforderlichen Geldmittel zur Bezahlung der Zinsen und zur successiven Rückzahlung des gesammten dargeliehenen Capitals herbeizuschaffen. Hiernach müssen sie, auch wenn die Forderung auf die fl. 6500 gegen die Darlehnsschuldner an sich eine rechtlich begründete gewesen sein sollte, die gänzliche Aberkennung derselben durch die Nassauischen Gerichte den Partialgläubigern gegenüber unbedingt gegen sich gelten lassen, indem sie die Behauptung, daß diese Aberkennung **injuria judicis** geschehen sei, gar nicht aufgestellt, ebensowenig aber irgend nachgewiesen haben, daß alle zur Durchsetzung des Anspruches erforderlichen Schritte von ihnen gethan worden seien, und daher angenommen werden darf, daß der Verlust lediglich durch ihre Schuld eingetreten ist.

Haben sie nun aber, sei es bei der Constituirung des Darlehns, sei es durch ein Versehen in Verfolgung ihrer Rechte aus demselben es herbeigeführt, daß den Partialgläubigern gegen die Anleihnehmer eine Forderung auf die fl. 6500 fehlt, so folgt daraus, daß die Beklagten denselben persönlich für diesen Betrag aufkommen müssen und zwar für Capital und Zinsen. Denn wenn die Beklagten sich darauf berufen und zu beweisen sich erbieten, daß die Einbehaltung dieses Betrages mit Bewilligung der Herrn v. Greiffenclau geschehen und derselbe auch zeitweise im Dienste der Anleihe verwendet sei, so sind diese Umstände nach dem Grunde unter 2 den Partialgläubigern gegenüber ohne rechtliche Bedeutung.

119. Ablaufung des Verloosungsplans bei aufgenommenen Darlehn.

Der zweiten Beschwerde der Beklagten, welche dagegen gerichtet ist, daß sie schuldig erkannt seien, sofort 6 ½ Partialobligationen der Anleihe zur Verloosung zu bringen, ist stattzugeben. Denn nach-

dem der in der Hauptobligation zur gänzlichen Abtragung der Schuld mittelst successiver Ausloosung von Partialobligationen gesetzte Termin bereits mit dem Jahre 1852 abgelaufen, auch nach den Acten mit Sicherheit angenommen werden darf, daß alles den Beklagten durch die Nassauischen Gerichte wegen der Anleihe Zuerkannte längst vollständig bei ihnen eingegangen ist, so kann, auch abgesehen davon, ob nicht schon der eingetretene Concurs diese Wirkung haben müsse, von einer Verloosung von Partialobligationen überall nicht weiter die Rede sein, sondern nur von einer gleichzeitigen Vertheilung der, theils durch die Zahlungen aus dem v. Greiffenclau'schen Concurse, theils durch das, was die Beklagten aus eigenem Vermögen ersetzen müssen, gebildeten Masse unter die Inhaber der nicht bereits ausgelösten Partialobligationen.

120. Zinsen von Zinsen.

Die vierte Beschwerde der Beklagten, daß sie hinsichtlich der fl. 6500 schuldig erkannt seien, von den jeweilen verfallen gewesenen Zinsterminen Verzugszinsen zu entrichten, war für durchaus begründet zu erachten. Das Verbot, von Zinsen als solchen Zinsen zu fordern, ist ein ganz unbedingtes, welches nur dann keine Anwendung leidet, wenn die Zinsen die Natur der **res accessoria**, der Früchte, verlieren und die eines Hauptstuhls annehmen. Aus dieser Ausnahme rechtfertigt es sich vollkommen, daß nach den in den vorigen Urtheilen angeführten Gesetzesstellen *) ein Vormund oder überhaupt ein Verwalter fremden Vermögens, wenn er Zinsen dieses Vermögens, die er von einem Dritten erhebt, nicht ausbezahlt, sondern im eigenen Nutzen verwendet, von diesen Beträgen Zinsen bezahlen soll. Denn von dem Augenblicke an, wo diese Zinsen bei ihm eingegangen sind, nehmen sie in seinen Händen die Natur eines Hauptstuhls an. Auch läßt sich viel dafür sagen, wenn nach einer ziemlich verbreiteten Ansicht ein

---

*) L. 7 § 12 L. 58 § 4 D. de admin. tut. (26, 7); L. 10 § 2 D. mand. (17, 1); L. 1 § 1 D de usur. (22, 1); L. 1 C. de usur. pupp. (5, 56); arg. L. 9 § 4 D. de adm. tut. (26, 7); L. 19 § 4 L. 38 D. de neg. gest. (3, 5).

Vormund, welcher Zinsen, die er nicht als Vormund, sondern ex mutuo dem Pupillen schuldet, von sich selbst zu erheben versäumt, von diesem Betrage Verzugszinsen zu zahlen verbunden sein soll.

Glück Commentar Th. 21 p. 120—121.

Denn wenn er diese Zinsen in seiner Eigenschaft als Vormund erhoben hätte, so würden sie in seinen Händen nicht mehr Zinsen gewesen sein. Hiernach leidet es keinen Zweifel, daß die Beklagten alle auf die Anleihe bei ihnen eingegangenen Gelder, einerlei, ob Capital oder Zinsen, vom Tage des Eingangs den Partialgläubigern zu verzinsen verbunden sind.

Allein ganz anders verhält es sich in dem gegenwärtigen Falle. Die Beklagten schulden die fl. 6500 nebst rückständigen Zinsen den Partialgläubigern in keiner anderen Eigenschaft, als in der ihrer Geschäftsführer. Capital und Zinsen sind ihnen von den Nassauischen Gerichten aberkannt. Sie haben hinsichtlich dieses Betrages keine von den Herrn v. Greiffenclau bei ihnen für die Partialgläubiger eingegangenen Zinsen, statt sie Diesen zu bezahlen, im eigenen Nutzen verwendet: sie Verzugszinsen von den einzelnen Zinsterminen zahlen zu lassen, wäre daher unverkennbarer Anatocismus.

121. Fassung des Beweissatzes als replicarische Behauptung.

Die beklagtische Beschwerde hinsichtlich des im stadtgerichtlichen Erkenntnisse dem Kläger nachgelassenen Beweises ist insofern ungegründet, als die hier zum Beweise verstellte Behauptung kein nachgeschobener Klaggrund, sondern eine wirkliche Replik ist. — Hieraus ergibt sich aber die Nothwendigkeit, die Behauptung dem eventuellen Antrage der Beklagten gemäß, auch in dieser ihrer Specialität, so, wie im Urtheile geschehen, zum Beweise zu verstellen.

122. Beweislast über grobes Verschulden.

Was die in der beklagtischen Rechnung den Partialgläubigern zur Last gebrachten Proceßkosten betrifft — so hat das Appellationsgericht jedenfalls insofern zu günstig für die Beklagten erkannt, als der Kläger billig mit jedem Beweise hätte verschont

werden sollen. Erwägt man nämlich, daß die Rechte der Darleiher an der Specialhypothek, der Kellerei Vollraths, in der Hauptschuldverschreibung sehr klar und bündig ausgedrückt und durch die gerichtliche Immission in die Renten der Kellerei gesichert waren, so läßt sich kaum bezweifeln, daß, wenn die Beklagten sich in Beziehung auf die Auszahlung des Darlehns und die Verfolgung desselben nichts hätten zu Schulden kommen lassen, die gerichtliche Geltendmachung jener Rechte auf solche rechtlichen Hindernisse nicht hätte stoßen können, welche eine Compensation der Kosten zur Folge gehabt hätten. Und mithin ist es, wenn man auch nicht so weit gehen will, den Beklagten die Forderung auf Ersatz der fraglichen Kosten ohne Weiteres abzuerkennen, doch jedenfalls Sache der Beklagten, näher nachzuweisen, daß der fragliche Kostenaufwand für Rechnung der Partialgläubiger nicht habe abgewendet werden können, und es mußte daher bei dem betreffenden Beweise an sich nur deßhalb sein Verbleiben behalten, weil der Kläger seinerseits sich dabei beruhigt hat.

123. Der Schuldner hat die bei Auszahlung eines Darlehns an dem Zahlungsorte entstandenen Kosten zu tragen.

Die Grundlosigkeit der achten Beschwerde der Beklagten, dawider gerichtet, daß das Appellationsgericht abweichend vom Stadtgerichte, ihnen den Anspruch auf Ersatz der Unkosten für Verloosung der Obligationen, neue Zinscoupons, Inserationsgebühren und auf $^1/_3$ Procent Provision aberkannt hat, ist völlig klar. Ausgemachten Rechtens ist es, daß bei Darlehen der Gläubiger sein Capital unverkürzt wieder zu empfangen und auch die versprochenen Zinsen ohne Abzug zu erhalten hat, und daß alle mit der Auszahlung an dem verabredeten Zahlungsorte verbundenen Kosten von dem Schuldner zu tragen sind. Dem entsprechend heißt es denn auch in der vorliegenden Hauptobligation, es sollten die in Gemäßheit derselben zu leistenden Zahlungen in Frankfurt auf Gefahr und Kosten der Schuldner erfolgen, und somit können die hier fraglichen Kosten den Partialgläubigern nicht zur Last gebracht werden. Zwar berufen sich die Beklagten in gegenwärtiger Instanz, während sie jene Verpflichtung der Schuldner einräumen,

darauf, daß sie, die Beklagten, doch jedenfalls befugt gewesen seien, sich wegen der fraglichen Spesen durch die aus dem v. Greiffenclau'schen Vermögen bei ihnen eingegangenen Gelder vorweg bezahlt zu machen. Allein hielten sie sich berechtigt, diese für Rechnung der Herrn v. Greiffenclau gehabten Spesen den Partialgläubigern zu kürzen, so hätten sie auch in dem gerichtlichen Verfahren vor den Nassauischen Gerichten sich die empfangenen Gelder nur nach Abzug jener Spesen anrechnen lassen dürfen, was sie nicht gethan.

XLVI.

Rheinschifffahrts-Assecuranz-Gesellschaft zu Mainz, Klägerin

contra

die Frankfurter Actiengesellschaft für Rhein- u. Mainschifffahrt, Beklagte.

Die Rheinschifffahrts-Assecuranz-Gesellschaft in Mainz hatte verschiedene Parthien Waaren um fl. — versichert, welche mit dem Schleppboot Nr. 27 der beklagtischen Gesellschaft von Rotterdam zu Berg an verschiedene Orten geladen waren. Dieses Schleppboot sank am 28. September 1853 bei Rodenkirchen und sämmtliche Waaren erlitten Havarie. In Folge dessen mußte die Klägerin den Eigenthümern der Waaren den Schaden ersetzen und trat in deren Rechte ein. Klägerin trat nun mit einer auf den Frachtcontract gegründeten Klage auf Schadensersatz auf, indem sie anführte, die Beklagte habe — den Schleppkahn am 28. September bei Rodenkirchen sinken und sämmtliche Waaren Havarie leiden lassen. Erst als Beklagte den § 3 der allgemeinen Frachtbestimmungen des Inhalts: „die Gesellschaft haftet für keine Beschädigung, welche die Güter vom Augenblicke der Uebernahme bis zur Verwiegung an der öffentlichen Waage in ihrem Bestimmungsort

durch Elementarereignisse oder sonstige Einwirkung erleiden; sie ist nur für diejenigen Schaden verantwortlich, bei welchen ihr oder dem Schiffspersonale eine Absichtlichkeit oder schwere Verschuldung dargethan wird," geltend machte, trat Klägerin replicando mit der Behauptung auf, daß, für den Fall, daß es zur Begründung ihrer Klage für nöthig erachtet werde, eine schwere Verschuldung der Beklagten und ihres Schiffspersonals vorliege.

Das Stadtgericht wies am 2. Februar 1855 die Klägerin mit der erhobenen Klage angebrachter Maßen unter Verurtheilung in die Kosten ab. Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 4. Mai 1855 bestätigend, während auf Oberappellation der Klägerin das Oberappellationsgericht am 29. Mai 1856 unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz dahin erkannte, daß, falls Klägerin beweisen würde, „daß das am 28. September 1853 bei Rodenkirchen erfolgte Sinken des Schleppboots Nr. 27 und die in Folge davon eingetretene Beschädigung der darin verladenen Güter durch schwere Verschuldung des Schiffspersonals der Beklagten herbeigeführt sei," sowohl in der Hauptsache, als wegen der Kosten erster Instanz weiter zu ergehen habe, was Rechtens.

124. Vertrag über Präſtation des dolus und der culpa. Beweislast.

Die für die Entscheidung der Sache präjudicielle Frage, ob dieselbe nach § 3 der allgemeinen Bedingungen der beklagtischen Gesellschaft zu beurtheilen sei, war unbedenklich zu bejahen.

1. Die Gültigkeit der fraglichen Bestimmung unterliegt keinem Zweifel weder nach gemeinem, noch nach Holländischem Rechte, so daß es hier ganz unerörtert bleiben kann, welches zur Anwendung zu bringen ist.

Denn obwohl beide Rechte darin übereinstimmen, daß ein Vertrag nicht contra bonos mores verstoßen und gewisse absolute, die publica utilitas bezweckende Rechtsregeln nicht aufheben darf, so bedarf es doch keiner näheren Auseinandersetzung, daß die Rechtsbestimmung, wonach der Schiffer aus den von ihm geschlossenen Contracten für omnis culpa haftet und sich von einer Ersatzpflicht nur durch den Beweis einer vis major befreien kann, nicht von

der Art ist, daß nicht die Haftungspflicht durch Privatwillkür auf zu erweisende culpa lata beschränkt werden könnte. Denn nur für dolus nicht haften wollen, ist unsittlich; und wie das öffentliche Wohl dabei interessirt sein soll, wie weit der Schiffer für sein Verschulden hafte, und wie die Beweislast vertheilt werde, ist schwer einzusehen. Vielmehr tritt hier der allgemeine Grundsatz ein, daß es den Partheien freisteht, über die Prästation der culpa,

L. 1 § 10 D. depositi (16, 3)

L. 23 D. de reg. jur. (50, 17)

sowie über die Beweislast besondere, von der allgemeinen Rechtsregel abweichende Bestimmungen zu treffen.

Auch ist nicht nur die Klägerin den Nachweis schuldig geblieben, daß eine Bestimmung, wie die des § 3 nach Holländischem und dessen Quelle, dem Französischen Rechte ungültig sei, sondern die von der Beklagten in erster Instanz beigebrachten, zum Theil weiter gehenden Bedingungen verschiedener unter der Herrschaft des Holländischen, resp. des Französischen Rechtes bestehender Gesellschaften, sowie die von ihr angeführten Präjudicate bestätigen das Gegentheil.

2. Ferner darf dieser § 3 der Bedingungen auch in der gegenwärtigen Sache unbedenklich als normgebend zum Grunde gelegt werden. — — — Denn wenn die Eigener der Waaren dieselbe „unter den von der Beklagten festgestellten Bedingungen" zu empfangen hatten, so können unter den hier in Bezug genommenen „Bedingungen" gar keine andere verstanden sein, als die unter der Frachtliste der Beklagten abgedruckten, und folglich haben sich die Unterzeichner der nach solchem Formulare ausgefertigten Frachtbriefe diesen Bedingungen, mithin auch dem § 3 unterworfen, indem es nun so angesehen werden muß, als seien diese Bedingungen dem Frachtbriefe inserirt. Und die Klägerin kann nicht verlangen, daß von der Beklagten noch erst die Bekanntschaft der Unterzeichner mit diesen Bedingungen erwiesen werde, indem die Nichtkenntniß derselben auf Seiten der Ablader, wie das Appellationsgericht mit Recht bemerkt, eine Nachlässigkeit sein würde, auf die sich Letztere nicht würden berufen können und also auch nicht die Klägerin, welche aus diesem Rechte klagt.

— — — — Ist aber der § 3 der Bedingungen in diesem Falle maßgebend, so ist

3. nach Inhalt desselben anzunehmen, daß ein Anspruch gegen die Beklagte wegen Beschädigung oder Untergangs der von ihr zur Beförderung übernommenen Waaren nur auf Arglist oder schweres Verschulden der Beklagten oder derjenigen Personen, für deren Handlungen sie haftet, gegründet werden kann und von der Klägerin der Beweis dieses Klagfundaments übernommen werden muß.

125. Declaratio libelli. Gehörige Substantiirung der Klage.

Die vorigen Erkenntnisse, insofern sie die Klage angebrachter Maßen abgewiesen haben, waren wieder aufzuheben. Die erkannte Abweisung angebrachter Maßen läßt sich, soweit sie hier in Frage steht, nur auf doppelte Weise begründen:

einmal, weil eine unstatthafte Klagänderung vorliege,

zweitens, weil es der an sich richtigen Klage an der erforderlichen Substantiirung fehle. — Letzteres ist vom Stadtgerichte, beides vom Appellationsgerichte geltend gemacht. Nun aber ist

1. eine unzulässige Klagänderung nicht vorhanden. Wenn es nämlich in der ganz allgemein auf den Frachtcontract sich gründenden Klage heißt, die Beklagte habe, statt die ihr übergebenen Waaren den Addressaten zu übermitteln, den Schleppkahn am 28. September bei Rodenkirchen sinken und sämmtliche Waaren Havarie leiden lassen, so läßt diese Fassung der Klage es nur zweifelhaft, ob ein absichtliches oder ein culposes Verfahren behauptet worden sei. Die Worte schließen in ihrer Allgemeinheit Beides in sich, schließen dagegen die Behauptung eines casuellen Unterganges des Schiffes aus. Nun gestattet aber das Frankfurter Recht dem Kläger, seine Klage, auch nach der Litiscontestation, da es die Nothdurft erfordert, zu declariren, sofern es nur unbeschadet derselben Substanz in narratis und der endlichen Petition geschieht.

Reform. Th. I. tit. 17 § 6.

Dies und nichts weiter hat die Klägerin gethan, indem sie, nachdem die Beklagte excipiendo das im § 3 ihrer Bedingungen enthaltene Pactum geltend gemacht, in ihrer Replik für den Fall, daß es zur Begründung ihrer Klage für nöthig erachtet werde, die Behauptung aufstellte, daß eine schwere Verschuldung der Beklagten und ihres Schiffspersonals vorliege. An den narratis und dem Petitum ihrer Klage hat sie hierdurch nichts geändert, sondern nur ihre zu allgemein gefaßte Klage dahin declarirt, daß sie dieselbe nicht auf einen dolus, sondern auf ein schweres Verschulden gründen wolle. Was aber

2. die Substantiirung der solchergestalt declarirten Klage betrifft, so war zwar allerdings mit den vorigen Richtern anzunehmen, daß solche, soviel das behauptete schwere Verschulden der Beklagten selbst betrifft, nicht vorhanden, indem ein an sich schon schwer abzusehender Causalzusammenhang zwischen dem Untergange des Schiffes und einem Handeln oder Unterlassen der Beklagten selbst auch nicht entfernt angedeutet ist.

Anlangend dagegen ein Verschulden des Schiffspersonals, so mußte, da hier ein solcher Zusammenhang der Natur der Sache nach an sich sehr wohl möglich ist, den Umständen nach die allgemeine Behauptung eines Verschuldens in der Klage für geeignet erachtet werden, indem es nun Sache der Klägerin sein wird, in dem von ihr anzutretenden Beweise näher anzugeben, worin das Verschulden bestanden hat.

126. Haftungspflicht des Rheders für die Versehen des Schiffers.

Die Beklagte vermeint für eine etwa vorgekommene schwere Verschuldung deßhalb nicht zu haften, weil sie nur für culpa in der Auswahl oder Beaufsichtigung ihres Personals aufzukommen brauche und darin die größte Vorsicht beobachtet habe. Allein schon dem § 3 ihrer Bedingungen gegenüber erscheint dieser Einwand ganz unbegründet, da sie in diesem Paragraphen ganz allgemein verspricht, für diejenigen Schäden zu haften, bei welchen nicht nur ihr, sondern auch ihrem Schiffspersonale eine Absichtlichkeit oder eine schwere Verschuldung dargethan werde. Dieses Versprechen wäre ein ganz illusorisches, wenn sie sich von der Haftungs-

pflicht durch den obigen Einwand befreien könnte. Es braucht daher nicht noch darauf hingewiesen zu werden, daß auch gemeinrechtlich die Haftungspflicht des Rheders für die Versehen des Schiffers eine unbedingte ist

L. 1 § 2 D. de exercit. act. (14, 1)

§ 3 J. de obl., quae quasi ex del. (4, 5)

Tit. D. nautae caupones (4, 9)

und daß das Gleiche auch nach Holländischem Rechte stattfindet.

127. Gemeines Seerecht in Bezug auf beschränktes Haften des Rheders aus Versehen des Schiffers.

Die Beklagte nimmt kraft „gemeinen Seerechts" das beneficium excussionis in Beziehung auf die etwa schuldigen Schiffer in Anspruch. Allein dem steht entgegen:

1. daß es ein gemeines Seerecht, welches solches beneficium gewährt und den Rheder nur subsidiär haften läßt, nicht gibt, indem vielmehr die einzelnen Seerechte hierin von einander abweichenden Principien folgen;

Jurist. Abhandl. I. p. 467 — 468

2) daß der mehrgedachte § 3 der Bedingungen der Beklagten von einer solchen nur subsidiären Haftungspflicht der Beklagten nichts besagt.

XLVII.

Niederrheinische Güter-Assecuranz-Gesellschaft zu Wesel, Klägerin

contra

die Frankfurter Actiengesellschaft für Rhein- u. Mainschifffahrt, Beklagte.

XLVIII.

Die Würtembergiſche Transport-Verſicherungs-Geſellſchaft zu Heilbronn, Klägerin

contra

die Frankfurter Actiengeſellſchaft für Rhein- u. Mainſchifffahrt, Beklagte.

IL.

Die See-, Fluß- und Landtransport-Verſicherungs-Geſellſchaft Agrippina zu Cöln, Klägerin

contra

die Frankfurter Actiengeſellſchaft für Rhein- u. Mainſchifffahrt, Beklagte.

Das Oberappellationsgericht verweiſt in Bezug auf die in den Rechtsfällen XLVII., XLVIII. u. IL. am 29. Mai 1856 erlaſſenen Urtheilen lediglich auf die zum Falle XLVI. Nr. 124 — 127 mitgetheilten Entſcheidungsgründe.

L.

Das Pflegamt des Verſorgungshauſes dahier, Kläger

contra

den Baurath R. Burnitz, modo deſſen Erben, Beklagte.

In Folge des Band II. p. 500 mitgetheilten Beweisinterlocuts führte Kläger zuerſt durch Zeugen den Beweis, daß ſich das ge-

sprengte Gebälk im ersten und zweiten Stocke des Neubaues des Versorgungshauses gesenkt habe. Hieran schloß sich ein Expertenbeweis, daß zur Verhinderung theilweisen Einsturzes einstweilige Sprießung, zur Ausbesserung aber Durchzüge nöthig geworden, welche durch Säulen und Pfosten getragen würden, und daß der Neubau des Versorgungshauses wegen Verunzierung und Beschränkung der freien Benutzung eine Werthverminderung von fl. — erleide. Nachdem die ernannten Sachverständigen ihr Gutachten dahin abgegeben hatten:

a. daß zur Verhinderung theilweisen Einsturzes eine Sprießung und ebensowenig zur Beseitigung der Senkung Durchzüge auf Säulen nicht erforderlich seien;

b. daß von einer Werthverminderung keine Rede sein könne, und

c. in Betreff des Einredebeweises, daß der Baumeister $\frac{1}{5}$ des Ueberschlages bei dem Gebälk überschritten haben würde und unter Hinzurechnung dieses Fünftels bei Anwendung des gesprengten Gebälks im Vergleiche mit dem Betrage eines vollen Gebälks eine Ersparniß von fl. — gemacht habe; —

erkannte das Stadtgericht am 30. Juni 1854: Kläger wird ab und zur Ruhe gewiesen mit den Ansprüchen

1. auf Kostenersatz für einstweiliges Sprießen zur Verhinderung theilweisen Einsturzes,

2. auf Ausbesserung mittelst Anwendung von Durchzügen, welche auf Säulen getragen werden,

3. wegen einer Entwerthung des Hauses um fl. — in Folge der Anwendung von Durchzügen, die auf Säulen getragen werden.

Derselbe hat den Beklagten die verursachten Proceßkosten zu erstatten.

Es bleibt ihm überlassen, sonstigen Schaden, der ihm in Folge der Anwendung des gesprengten Gebälks entstanden, ordnungsmäßig zu liquidiren.

Auf Appellation des Klägers erkannte

1. das Appellationsgericht am 13. September 1854, daß in Anbetracht, daß das Beweisverfahren insofern nicht zwecklos gewesen sei, als doch die Thatsache, daß der Beklagte eine fehler-

hafte Bauart des Gebälks angewendet habe, in deren Folgen die Senkungen stattgefunden haben, constatirt worden sei, — die Kosten des ersten Verfahrens zur Hälfte zu compensiren, zur Hälfte von dem Kläger den Beklagten zu erstatten seien;

2. das Oberappellationsgericht am 26. Juni 1856:

I. daß der Kläger mit seinem Anspruch auf Kostenersatz für die in Folge der Anwendung des gesprengten Gebälks nothwendig gewordene Ausbesserung nicht zur besonderen Ausführung zu verweisen, vielmehr soviel für dargethan zu erachten, „daß die in dem Stadtgerichts-Erkenntniß vom 16. November 1853 bezeichneten Senkungen durch Anwendung des gesprengten Gebälks entstanden und eine Reparatur zu ihrer Beseitigung nothwendig geworden sei," und die ernannten Sachverständigen nunmehr unter Mittheilung der Acten anzuweisen seien,

1. auf Grund einer nach Anhörung beider Partheien ihnen zu ertheilenden specielleren Instruction weiter darüber sich gutachtlich zu äußern: „auf welche Weise die nothwendige Reparatur im Interesse beider Theile am richtigsten zu beschaffen gewesen und ob insbesondere die wirklich vorgenommene Reparatur als eine angemessene anzuerkennen sei," sowie

2. ihr abgegebenes Gutachten unter c dahin zu berichtigen und beziehungsweise zu ergänzen, daß

a. der Minderbetrag der Kosten des gesprengten Gebälks nach Maßgabe des Oberappellationsgerichts-Erkenntnisses vom 21. December 1850 nur mit dem früheren, vom Kläger genehmigten Anschlag für ein volles Gebälk in Vergleich zu setzen,

b. über die Erinnerung des Klägers in seiner Erklärung [116] die erforderliche Erleuterung zu ertheilen und geeigneten Falles ihr abzuhelfen sei; — darauf aber weitere Entscheidung in erster Instanz zu erfolgen habe;

II. daß dem Kläger vorzubehalten sei, die Kosten der im Jahre 1844 von dem ursprünglich Beklagten selbst angeordneten Sprießung im Magazin und im Betsaal im künftigen Liquidationsverfahren den Beklagten in Anrechnung zu bringen;

III. daß die Kosten erster Instanz auszusetzen, die der vorigen aber zu compensiren seien.

128. Beweisantretung durch Sachverständige. Richterliche Beurtheilung derselben.

Soviel zunächst die bleibende Reparatur (im Gegensatze des einstweiligen Sprießens) betrifft, so enthält der stadtgerichtliche Beweissatz folgende Behauptungen in sich:

1. daß sich das gesprengte Gebälk im ersten und zweiten Stock gesenkt habe;

2. daß dadurch eine Ausbesserung nöthig geworden sei;

3. daß die Ausbesserung in anzubringenden Durchzügen habe bestehen müssen und zwar

4. mit einer Unterstützung durch Säulen oder Pfosten.

Unbedingt nöthig waren für die Beweisantretung nur die Puncte sub 1 u. 2, und wenngleich Kläger dieselbe auch auf die Puncte 3 u. 4 gerichtet hat, so konnte doch die Frage, welche Folgen ein gänzliches Mißlingen dieses letzteren Versuchs gehabt haben würde, dahin gestellt bleiben, da hierbei nicht eine Beschränkung auf den wirklichen Inhalt dieser Sätze zu Grunde zu legen, sondern anzunehmen war, daß der Beweis eventuell auch auf eine jede andere Art der Reparatur mitgerichtet sein sollte und derselbe in dieser Auffassung nicht für verfehlt gehalten werden konnte.

Kläger hat nämlich in seiner Beweisantretung den ganzen Beweissatz außer der Thatsache der Senkungen zur Beurtheilung Sachverständiger gestellt, und auf andere Weise konnte auch die angemessene Art der Reparatur gar nicht ermittelt werden. Eben dieses letzteren Umstandes wegen aber darf die klägerische Abfassung der den Sachverständigen gestellten Aufgabe nicht zu streng formell beurtheilt werden. Es war für ihn eine Unmöglichkeit, im Voraus mit Sicherheit zu errathen, welche Art von Reparatur von den künftigen Sachverständigen gerade als die richtige erkannt werden würde. Wie man aus den Acten ersieht, kamen darüber die mannigfachsten Ideen zur Sprache und Erwägung. Bei Stellung der Aufgabe konnte es daher vernünftiger Weise nicht die Absicht des Klägers sein, ausschließlich ein Ja oder Nein darüber zu erhalten, ob gerade Durchzüge mit Säulen das schlechthin nothwendige Mittel der Abhülfe seien, und damit den ganzen Erfolg des Beweisverfahrens gleichsam auf einen Wurf zu setzen. Vielmehr darf

der Sinn des Satzes dahin verstanden werden, daß Kläger zwar ein bestimmtes Mittel der Abhülfe als das ihm angemessen scheinende namhaft machte, damit aber eventuell ein anderes von den Sachverständigen als geeignet erkanntes nicht ausschließen wollte; — daß er in der Frage: „waren die Senkungen so beträchtlich, um Durchzüge mit Säulen erforderlich zu machen?" die Frage mit begreift: „bis zu welcher sonstigen Reparatur waren die Senkungen beträchtlich genug?" Jedenfalls lag in der den Sachverständigen gestellten Frage über die Nothwendigkeit von Durchzügen mit Säulen zugleich eventuell die, ob Durchzüge ohne Säulen nothwendig gewesen sei; denn es bedurfte nur einer einfachen Theilung der Frage, um die Durchzüge bejahen, den Zusatz mit Säulen aber verneinen zu können. Sollte es hinsichtlich der Absicht des Klägers in dieser Hinsicht noch einer Unterstützung bedürfen, so würde diese darin zu finden sein, daß derselbe sub III. seiner Beweisantretung die Rechnungen über die wirklich von ihm vorgenommene Reparatur producirt hat, worunter die Hauptrechnung (der Zimmermeister) auf das „Einziehen neuer Durchzüge" (ohne Säulen) lautet, und daß er dazu Sachverständige darüber vorgeschlagen hat, daß diese Kosten nothwendige Folgen der aus dem gesprengten Gebälk herrührenden Mängel und Gefahren des Baues gewesen seien. — — Hieraus ergibt sich, daß Kläger unmöglich im ersten Theil der Beweisantretung die Absicht gehabt haben kann, gerade solche Durchzüge (ohne Säulen) von seinem Beweise auszuschließen. — Nun ist freilich das sub III. beigebrachte Material, als in das jetzige Stadium des Processes noch nicht gehörig, ausgeschieden worden; dies kann indeß nicht hindern, das daselbst Gesagte zur Erleuterung des ersten Abschnittes zu benutzen. — — —

Der Kläger selbst aber hat, wenn seine Beweisantretung wirklich eventuell auf jede andere Art der Reparatur oder doch auf eine andere Art von Durchzügen mitgerichtet war, sich in den weiteren Verhandlungen des Beweisverfahrens in keiner Weise präjudicirt. Der einzige erhebliche Umstand könnte in dieser Beziehung nur der sein, daß der Kläger die vom Stadtgerichte abgefaßte Instruction der Sachverständigen ohne Erinnerung hat

hingehen lassen. Allein kann es auch den Sachverständigen nicht zum Vorwurf gereichen, wenn sie die an sie gerichtete Hauptfrage in dem vom Stadtgerichte zu Grunde gelegten beschränkten Sinne auffaßten, als hätten sie darauf im Ganzen nur mit Ja oder Nein zu antworten, so durfte doch der Kläger, wenn er seine Beweisantretung in dem erweiterten Sinne gemeint hatte, diesen auch jetzt wieder voraussetzen. Ueberdies konnte, selbst wenn die Instruction für den Kläger offenbar unrichtig abgefaßt gewesen wäre, das Unterlassen einer Erinnerung dagegen seine Rechte noch nicht schmälern, da ihm keine Erklärung sub praejudicio aufgegeben und die ohne vorgängiges Gehör erlassene Instruction der Rechtskraft nicht fähig war.

129. Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

Daß diese Senkungen ihre Ursache in den Anwendungen des gesprengten Gebälks hatten, unterliegt keinem Zweifel; denn — — — — Hierzu kommt jetzt, daß das Appellationsgericht in der sententia a qua diesen Punct als Grundlage für eine anzustellende neue Klage anerkannt hat, was als decisum (schon wegen des Einflusses auf die Entscheidung des Kostenpunctes) angesehen werden muß, und wogegen die Beklagten sich nicht beschwert haben.

130. Beweis durch Sachverständige. Zuziehung anderer Sachverständigen.

Für den Fall, daß ein weiteres Gutachten erforderlich werden sollte, hat Kläger zunächst auf Zuziehung anderer als der bisherigen Sachverständigen angetragen. Allein es fehlt an einem genügenden Grunde für dieses Verlangen. Den zugezogenen Sachverständigen kann daraus, daß sie genau und wörtlich an die ihnen ertheilte Instruction und die hier aufgestellten Fragen sich gehalten haben, begründeter Weise ein Vorwurf nicht gemacht werden. Die übrigen gegen deren Gutachten gemachten Einwendungen aber sind — — — überall nicht geeignet, um zu der Annahme zu führen, daß es den Ausstellern desselben an der nöthigen Sachkunde oder an der erforderlichen Unbefangenheit zur Beantwortung der in Betracht kommenden Fragen fehle.

131. Gutachten der Sachverständigen im Widerspruch mit einem Eingeständniß.

Der Beweis der Nothwendigkeit einstweiliger Sprießung zur Verhinderung theilweisen Einsturzes ist nach dem Gutachten der Sachverständigen im Allgemeinen gänzlich mißlungen. — — — Indessen kann dieses Mißlingen des Beweises doch nur auf die Nothwendigkeit eines durchgängigen oder umfassenden Sprießens bezogen werden, nicht aber an den Folgen des ausdrücklichen Zugeständnisses einer theilweisen Sprießung etwas ändern. Der ursprüngliche Beklagte hat nämlich in der Duplik eingeräumt, daß er bereits vor beinahe vier Jahren (also gegen Ende 1844) das Magazin und den Betsaal zum Zweck der von ihm für nöthig erkannten Veränderungen habe sprießen lassen. In der eigenen Anordnung liegt aber ohne Zweifel die genügende Anerkennung der Nothwendigkeit, und die Kosten dieser Sprießung wird daher Kläger demnächst zu liquidiren befugt bleiben. — Auch mag hier zur Verhütung eines Mißverständnisses noch hervorgehoben werden, daß die Abweisung des Anspruches sich nicht auf die Kosten des zur Vornahme der Reparatur selbst nöthig gewordenen Sprießens beziehe.

132. Die von dem Baumeister bei einem Baue gemachten Ersparungen in Compensation mit seiner Entschädigungspflicht.
(Vergl. Bd. II. Nr. 215.)

Die von dem Kläger gegen das Gutachten in Betreff der sogenannten Einrede der Compensation gemachte Erinnerung besteht darin, daß die Sachverständigen den ursprünglichen Kostenanschlag für ein volles Gebälk erst noch durch Zusatz von 1/5 des Bedarfs an Balken berichtigt, d. h. erhöht haben. Diese Erinnerung muß für begründet gehalten werden. Zunächst wäre es Sache des Beklagten gewesen, seiner Einrede die erweiterte Bedeutung zu geben, daß zu einem vollen Gebälk der ursprüngliche Kostenanschlag nicht hingereicht habe, die durch Anwendung des gesprengten Gebälkes bewirkte Ersparniß also eine um so viel bedeutendere gewesen sein würde, und der rechtskräftige Beweissatz des Oberappellationsgerichtes ist ausdrücklich auf die Vergleichung

mit dem Ansatz in dem vom Kläger genehmigten Anschlag gerichtet. Hieran sind die Sachverständigen gebunden, und wenn ihnen auch von ihrem Standpuncte aus ein Vorwurf daraus nicht gemacht werden kann, daß sie jenen Anschlag eines ganzen Gebälkes vorerst nach Regeln der Technik rectificiren zu müssen glaubten, so bedarf doch ihr Gutachten nach dem rechtskräftigen Stande des Processes in der fraglichen Beziehung einer Berichtigung.

Nun haben freilich die Beklagten in der Vernehmlassung jetziger Instanz eventuell um Restitution zum Zwecke der nachträglichen Erweiterung der Einrede gebeten. Indessen, abgesehen davon, ob dies formell hier statthaft war, steht dem Restitutionsgesuch jedenfalls das entgegen, daß es an einer Läsion fehlt. Denn von einer wirklichen Ersparniß kann doch nur die Rede sein, wenn und soweit der Beklagte unter dem genehmigten Kostenanschlage blieb; war dieser fehlerhaft zu gering, so war deßhalb der Kläger noch nicht ohne Weiteres zur Verausgabung des höheren Betrages genöthigt, vielmehr kam es dann immer noch auf seinen Entschluß, möglicher Weise auch auf die Verantwortlichkeit des Verfassers des Anschlags an.

LI.

Die Kinder und Erben des Dr. med. Heinrich Wolff dahier, Kläger

contra

Johann Daniel Walluf dahier, Beklagten.

Im Jahr 1808 verkaufte die damalige großherzogl. Regierung bei Gelegenheit der Demolirung der Festungswerke die demolirten Plätze, um sie binnen einem Jahre zu Gärten anzulegen. In Betreff der Errichtung von Gebäuden wurde (§ 3) verfügt, daß, damit kein Gebäude dem andern seine Aussicht versperre, diese in

der obersten Lage des Gartens errichtet werden müßten. Einen dieser Plätze ersteigerte Freiherr von Bethmann, den nebenliegenden der Weinhändler Wicht. Der letztere Platz wurde später abermals parcellirt und eine solche Unterparcelle kam in das Eigenthum der Spieß'schen Eheleute. Im Jahr 1837 parcellirten die v. Bethmann'schen Rechtsnachfolger ihr fragliches Grundstück unter Angabe derselben Bestimmungen, unter denen Grund und Boden im Jahr 1808 erworben worden waren. Die erste Unterparcelle kauften die Spieß'schen Eheleute und vereinigten sie mit dem oben genannten Eigenthum; die zweite Unterparcelle ersteigerte Dr. Wolff.

Im Jahr 1855 beabsichtigten die Spieß'schen Rechtsnachfolger ihr Grundstück als Bauplätze zu verwerthen und erhielten die Erlaubniß, eine Straße von oben nach unten mitten durch ihr Grundstück zu legen. J. D. Walluf kaufte einen dieser Plätze, der zum Theil aus einer Unterparcelle der ursprünglich Wicht'schen Parcelle, zum Theil aus dem ursprünglich Bethmann'schen Eigenthum gebildet war. Als nun Walluf zu bauen anfing, implorirte sein Nachbar, die Dr. Wolff'schen Erben einen Bauarrest auf Grund der ihnen nach dem oben angeführten § 3 der Steigbedingnisse zustehenden Servitut. Beklagter bestreitet, daß in jener Bestimmung eine Servitut enthalten sei, eventuell hält er nur sämmtliche Eigenthümer des parcellirten Bethmann'schen Grundstücks zur Ausübung der Servitut berechtigt. Das Stadtgericht wies am 23. Mai die Kläger mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe und verurtheilte dieselben in die Kosten und Schäden. Auf Appellation der Kläger wurde dies Urtheil vom Appellationsgerichte am 13. Juni 1856 bestätigt, vom Oberappellationsgerichte am 16. September 1856 dagegen wieder aufgehoben und unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten erster Instanz und Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz dahin erkannt, daß die Gerechtigkeit des klägerischen Grundstücks, die Errichtung eines Gebäudes auf dem Grundstück des Beklagten zu verbieten, anzuerkennen, und Beklagter demnach zu verurtheilen sei, den von ihm auf seinem Grundstück beabsichtigten Bau zu unterlassen, resp. denselben niederzureißen.

133. Bestellung einer Prädialservitut von Seiten des Eigenthümers bei Gelegenheit der Parcellirung seines Grundstücks. Unterparcellirung dieser einzelnen Theile.

Die Beurtheilung des klägerischen Anspruchs hängt zunächst ab von der Bedeutung des bei der Versteigerung der Wallgrundstücke abseiten der Stadt Frankfurt im Jahre 1808 in den Bedingungen unter Nr. 3 gemachten Vorbehalts, daß die in den einzelnen Gärten etwa aufzuführenden Gebäude in deren obersten Lage errichtet werden müßten: davon, ob dieser Vorbehalt in öffentlichem Interesse gemacht, ob er nur ein persönliches Recht der Stadt hat begründen oder ob er den einzelnen damals verkauften Grundstücken gegenseitig die Servitut hat verschaffen sollen, sich die Aussicht nicht zu verbauen, dergestalt, daß jeder neue Eigner theils verpflichtet sei, sich selbst eines Baues in einer anderen als der angegebenen Lage zu enthalten, theils berechtigt, zu verlangen, daß die Eigner der übrigen Parcellen in gleicher Weise verführen. Von diesen verschiedenen Auffassungen mußte der letzteren der Vorzug gegeben werden. Zunächst nämlich ist die Möglichkeit, eine Servitut bei Veräußerung des Eigenthums vorzubehalten und durch bloßen Vertrag zu errichten, außer Zweifel, und zwar kann dieser Vorbehalt selbst zu Gunsten und zu Lasten künftig aufzuführender Gebäude stattfinden;

L. 23 § 1 D. de serv. praed. urb. (8, 2)

daß aber ein solcher, die Begründung von Servituten bezweckender Vorbehalt wirklich gemacht worden sei, ergibt sich aus dem einzigen, dem Vorbehalte beigefügten Motiv „damit kein Gebäude dem anderen seine Aussicht versperre," welches darauf hindeutet, daß nur die einzelnen Grundstücke es seien, zu deren Gunsten der gedachte Vorbehalt gemacht ward. Ueberdies wäre nicht abzusehen, welches Interesse die Stadt als solche bei der Erwerbung eines persönlichen Rechtes gehabt haben könnte, die Errichtung von Gebäuden in der angegebenen Lage sich auszubedingen. Darauf aber, daß der Vorbehalt in öffentlichem Interesse gemacht sei, weist weder das angegebene Motiv hin, noch ist, insofern nur die sonstigen baupolizeilichen Vorschriften der Straße gegenüber gewahrt wurden, ein derartiges Interesse erkennbar.

Hat sonach jeder Erwerber der damals versteigerten Grundstücke mit ertheiltem Zuschlag die gedachte Servitut activ und passiv erworben, so versteht es sich von selbst, daß, wenn eines dieser Grundstücke später in mehrere Theile zerlegt ist, der Eigner eines solchen Theils, auf welchem ein Gebäude vorschriftsmäßig in der obersten Lage des Gartens errichtet worden ist, die Befugniß hat, die Servitut gegen einen Eigner einer andern, im Jahr 1808 verkauften Parcelle geltend zu machen. Denn es folgt gerade aus der Untheilbarkeit der Prädial-Servituten, daß dieselben auch von jedem Eigenthümer eines Theiles der ursprünglichen Parcellen geltend gemacht werden können, und die Ansicht, daß die Servitut durch jene Theilung erloschen sei, eventuell daß nur sämmtliche Eigner der in mehrere Theile zerlegten ursprünglichen Parcelle befugt seien, die Servitut klagend zu verfolgen, ist unhaltbar.

L. 17 D. de servit. (8, 1)

Ergibt sich nun schon hieraus die Befugniß der Kläger als Eigner eines Theiles der ursprünglich Bethmann'schen Parcelle den zum Theile auf ursprünglich Wicht'schen Grund und Boden beabsichtigten Neubau des Beklagten zu verbieten, da solcher nach den unbestrittenen Dimensionen offenbar nicht in der obersten Lage der Wicht'schen Parcelle aufgeführt werden soll und seiner Höhe, Breite und Tiefe nach sicherlich geeignet ist, den Klägern die Aussicht zu versperren, so mußte das Gleiche auch angenommen werden in Betreff des Theiles des Gebäudes, welcher auf ursprünglich Bethmann'schen Grund zu stehen kommen soll. Zwar ist es richtig, daß den einzelnen Theilen des Bethmann'schen Grundstücks ohne Weiteres die gedachte Servitut nicht zustehen würde, da kein Grundstück sich selber dienen kann. Allein es war anzunehmen, daß bei der Theilung des Bethmann'schen Grundstücks im Jahr 1837 und der damals stattgehabten neuen Versteigerung der Unterparcellen für diese unter einander die in Rede stehende Servitut in gleicher Weise errichtet worden ist, wie solches im Jahr 1808 in Betreff der größeren Parcellen geschehen war. Denn hierfür spricht, daß die Versteigerung geschehen ist mit allen Gerechtigkeiten und Lasten, sowie unter Grundlage der, einzeln aufgeführten, bei dem Verkauf im Jahr 1808 übernommenen Ver-

bindlichkeiten. Es war daher anzunehmen, daß die einzelnen neuen Eigner die in Rede stehende Servitut nicht bloß den Eignern der 1808 ausgeschiedenen größeren Parcellen gegenüber haben ausüben, resp. ihr unterworfen sein sollen, sondern auch, daß das Gleiche in Betreff der Eigner der neu entstandenen Parcellen hat maßgebend sein sollen und zwar um so mehr, als nur bei dieser Auffassung die gewiß beabsichtigte Gleichheit unter den Nachbaren zu beiden Seiten, auch in anderen Beziehungen, bei den Vorschriften in Betreff des Wichs, sowie der Anpflanzung von Bäumen (Nr. 7 u. 9 der Bedingungen) zu erreichen stand.

134. Grundsätze über Kostenersatz.

Der Umstand, daß dem Beklagten frühere unter anderen Partheien ergangene Urtheile zur Seite zu stehen scheinen, vermochte eine Verurtheilung des Beklagten in die Kosten erster Instanz nicht zu beseitigen, da deren Gründe mannichfach, die zur Entscheidung stehenden Fälle selbst aber von dem jetzt vorliegenden Rechtsstreite in wesentlichen Puncten verschieden sind. Die Vergleichung der in voriger und jetziger Instanz erwachsenen Kosten dagegen wird durch den Wechsel der Erkenntnisse gerechtfertigt.

LII.

Christian Ferdinand von Mühlen zu Nymwegen als Verwalter der dem Carl van der Bergh und der Lydie Meß geb. van der Bergh zu Leiden aus dem Nachlaß der Henriette von Mühlen geb. v. Lersner dahier zugefallenen Erbtheile, Imploranten

contra

Dr. C. von Lersner dahier, Imploraten.

Implorant beantragte bei dem Stadtgerichte II. Festsetzung der Auslagen und Deservitenrechnung, die der Implorat, sowie

dessen Mitcurator bei Auseinandersetzung des von Mühlen'schen Nachlasses gehabt hatten. Nachdem beide Partheien über diesen Antrag verhandelt hatten, bestimmte das Stadtgericht II. am 5. Mai 1854 den Curatoren ein Honorar von fl. — und die Deservitenrechnung des Imploraten mit fl. —. Auf beiderseitige Appellation wurde unter Kostencompensation vom Appellationsgerichte am 20. October 1854 das stadtgerichtliche Erkenntniß bestätigt, dagegen auf Oberappellation des Imploraten unter Kostencompensation vom Oberappellationsgerichte am 25. September 1856 die sententia a qua in dem aus den Entscheidungsgründen ersichtlichen Maße abgeändert.

135. Competenz wegen Honorarbestimmung der Curatoren.

Die erste Beschwerde, daß die Competenz des Stadtgerichts II. zu der von ihm vorgenommenen Honorarbestimmung anerkannt und nicht vielmehr Appellat mit seinen gestellten Anträgen ab- und auf den Rechtsweg verwiesen worden, erscheint unbegründet. Das Stadtgericht II., vor welches unzweifelhaft und unbestrittener Maßen die vorliegende nicht contentiös gewordene Erbschafts-Angelegenheit und insbesondere die Anordnung und Ueberwachung der Nachlaß-Curatel gehörte, war, vermöge dieser seiner Competenz in der Hauptsache auch zuständig, über die zu derselben gehorigen Nebenpuncte und so insbesondere über diejenigen Kosten rechtliche Bestimmung zu treffen, welche durch advocatische Bemühungen in der fraglichen Erbschafts-Angelegenheit, sowie durch die curatorische Verwaltung des Nachlasses entstanden sind. Diese Competenz ergibt sich nicht nur aus dem allgemeinen Grundsatze, daß die Gerichtszuständigkeit in der Hauptsache auch die über die connexen Nebenpuncte nach sich zieht, in Verbindung mit der Betrachtung, daß die genannte Gerichtsbehörde im Besitze der Acten sich befindet, auf deren Grund die fraglichen Kosten zu bestimmen sind, und ihr vorzugsweise diejenige Kenntniß der in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnisse beiwohnt, welche, soweit hier ein richterliches Ermessen einzutreten hat, auf dieses bestimmend einwirken müssen; sondern sie ist auch — soviel insbesondere die Bestimmung des den Curatoren für ihre

Verwaltung zukommenden Honorars anlangt, — aus der Frankfurter Gesetzgebung zu entnehmen. Die Reformation Th. VII. tit. 13 weist die Festsetzung der den Vormündern und Curatoren zukommenden Belohnungen (wohin — wie eine Vergleichung mit Th. VII. tit. 10, insbesondere § 6 und Th. VI. tit. 6 § 5 ergibt — auch die Honorare der bestellten Nachlaß-Curatoren gehören) der Obervormundschaft zu, und man hat keinen Grund zu der Annahme, daß an dem Wirkungskreise dieser Letzteren durch das Gesetz vom 7. November 1848 über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen etwas hat geändert werden sollen.

Erscheint aber, nach dem Vorbemerkten das Stadtgericht II. zur Feststellung der in Rede stehenden Honorare berufen und zuständig, so folgt aus seiner Eigenschaft als Gericht, daß die von ihm getroffene Bestimmung auch für die Betheiligten rechtsverbindliche Kraft erlangt und dagegen nicht der ordentliche Weg Rechtens, sondern nur die in § 7 des erwähnten Gesetzes zugelassene Beschwerdeführung Platz greift.

An dem Allen kann nun auch dadurch Nichts geändert werden, daß etwa über die Größe der gebührenden Honorare zwischen den Betheiligten ein Streit entsteht, so lange nur durch diesen Streit die allgemeine Grundlage der Zuständigkeit der mehrgenannten Gerichtsbehörde nicht angegriffen wird, d. h. so lange es sich immer noch um Festsetzung der Honorare lediglich auf Grund allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen, und nicht um einen besonderen von dem Einen oder Anderen der Betheiligten für sich in Anspruch genommenen Rechtstitel (Vertrag u. dergl.) handelt. In der That bilden hier die Anträge und Ausführungen der Betheiligten, wenngleich sie die Gestalt contentiöser Verhandlungen annehmen mögen, nur die Veranlassung, auf welche hin das Gericht seine officielle Thätigkeit eintreten läßt, und handelt es sich für dieses auch hier nicht um die Entscheidung streitiger Ansprüche, sondern um die Erfüllung der oben hervorgehobenen, der Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit als solcher zukommenden Obliegenheit. Von dieser Art ist aber der vorliegende Fall. Appellat hat die richterliche Thätigkeit behufs Bestimmung, resp. Streichung gewisser in der Rechnung des Appellanten enthaltenen, theils auf

advocatische Bemühungen, theils auf curatorische Verwaltung des Nachlasses sich beziehenden Honoraransätze angerufen, und Appellant seinerseits beruft sich zur Rechtfertigung dieser Honoraransätze nicht auf einen besonderen Rechtstitel, sondern nur auf allgemeine Rechtsnormen. Denn wenn er beiläufig von einer Seitens der Erben erfolgten Zusicherung redet, ihn, weil das Testament eine von ihm erwartete günstige Verfügung nicht enthalten habe, in anderer Weise schadlos zu halten, so ist es klar, daß in einer solchen allgemeinen Zusage ein selbstständiges Fundament für die fraglichen Honorarforderungen des Appellanten nicht gefunden werden kann, und wird jene Zusage von ihm auch nicht als ein solches, sondern nur als ein Moment geltend gemacht, welches den Richter bestimmen müsse, bei Festsetzung der Honorare liberal zu Werke zu gehen.

136. Grundsätze über Bestimmung des Honorars für Vermögensverwaltung.

I. Was das Honorar für die Vermögensverwaltung anlangt, so hat Appellant für sich ein solches im Betrage von fl. — beansprucht, wogegen das Stadtgericht nur ihm und dem Mitcurator zusammen fl. — zugebilligt hat. Appellant beschwert sich nun

1. darüber, daß das Honorar überhaupt auf diesen geringen Betrag herabgesetzt worden, und macht dagegen geltend:

a. das Vermögen sei nicht, wie vom Stadtgerichte geschehen, auf fl. —, sondern auf fl. — zu veranschlagen;

b. die Verwaltungsgebühr betrage nicht $1/4$, sondern $1/2$ Procent, und

c. dieses $1/2$ (eventuell $1/4$) Procent sei auch bei einer kürzeren, als einjährigen Dauer nicht pro rata, sondern ganz zuzubilligen. Es hat jedoch

zu *a.* Appellant selbst in den Stadtgerichts-Acten das Gesammtvermögen zum Zwecke der Bestimmung des Verwaltungshonorars in runder Summe auf fl. — veranschlagt. Dieser Betrag ist also vom Stadtgerichte mit Recht zu Grunde gelegt worden, da man von der anderen Seite sich damit einverstanden erklärt hatte. Der spätere Versuch des Appellanten, einen höheren

Betrag des Vermögens einzuführen, war — in Ermangelung einer jeden deßfallsigen Nachweisung — zur Berücksichtigung nicht geeignet. Von einem stillschweigenden Eingeständnisse des Appellaten konnte, wenn man festhält, daß es sich überall nicht um ein processualisches Verfahren, sondern um eine obervormundschaftliche causae cognitio handelt, nicht die Rede sein.

Zu *b.* soll, daß dem Curator ½ Procent des Vermögensbetrages als Honorar gebühre, aus der Taxordnung für die Advocaten

Anhang zum Gesetze über die Gebühren der Sachwalter vom 3. August 1852 II. Nr. 13 u. 14

folgen. Diese Bestimmungen aber sind offenbar weder unmittelbar, noch auch analog zur Anwendung zu bringen. Daß den zu Curatoren bestellten Advocaten als Honorar gewöhnlich ¼ Procent jährlich von dem verwalteten Capital bewilligt zu werden pflegen, bezeugt Souchay

Anmerk. zur Reform. p. 1223

und davon ist das Stadtgericht auch im vorliegenden Falle ausgegangen. Daraus ergibt sich

zu *c.*, daß, wenn die Curatel kürzer als ein Jahr gedauert hat, auch jenes ¼ Procent nur pro rata zuzubilligen ist. Was Appellant hiergegen ausführt (daß namentlich im Anfange einer Verwaltung die Geschäfte lästiger und mit mehr Verantwortlichkeit verknüpft seien, als wenn sie einmal geordnet sind) kann dahin führen, daß unter Umständen ein anderer Maßstab angemessen erscheinen mag, nicht aber daß in der nach jenem Maßstabe getroffenen Honorarbestimmung eine Rechtsverletzung gefunden werden kann. Zudem liegen überall keine besondere Gründe vor, im gegenwärtigen Falle von jener Regel abzuweichen. — Dagegen konnte den vorigen Gerichten darin nicht beigetreten werden, daß als Zeit der Verwaltung nur der Zeitraum vom 7. Februar bis 13. April 1853 anzusehen sei. Allerdings ist erst von jenem Tage an die Nachlaß-Curatel angeordnet und an diesem die Einweisung der Erben in den Nachlaß verfügt worden. Allein, sowie Appellant, nach Ausweis der Acten, schon vor seiner förmlichen Anstellung als Curator der Fürsorge für den Nachlaß sich unterzogen, so liegt es in der Natur der Sache und wird durch die von

beiden Curatoren gestellte und vom Appellaten nicht beanstandete Rechnung bestätigt, daß die Verwaltung der Curatoren nicht sofort mit der Einweisung der Erben in den Nachlaß ihr Ende erreichte, sondern noch einige Zeit fortdauerte. In Uebereinstimmung mit diesen Grundsätzen — — hat denn auch Appellat am 29. März 1854 vor der Stadtgerichts-Commission sich damit einverstanden erklärt, daß das Verwaltungs-Honorar der Curatoren mit 1/4 Procent jährlich für 4 Monate berechnet werde, und es konnte hiernach keinem Bedenken unterliegen, diesen Zeitraum der Berechnung zu Grunde zu legen, und so das Honorar in einem höheren Betrag, als das Stadtgericht es gethan, zuzubilligen.

2. Appellant glaubt, daß ihm, weil er die Verwaltung allein geführt (curator gerens gewesen), auch das Verwaltungs-Honorar allein oder doch jedenfalls ein höheres, als dem Mitcurator gebühre. Allein das Stadtgericht hat vollkommen sachentsprechend gehandelt, wenn es den beiden von ihm bestellten Curatoren auf Grund der gemeinschaftlich von ihnen gestellten Rechnung das fragliche Honorar zugebilligt hat. Darüber, ob dem Einen oder Anderen ein größerer Antheil an der bewilligten Summe gebühre, hat es mit Recht noch gar nicht erkannt, da diese Frage die Erben, auf deren Antrag und in deren Interesse die Festsetzung des Honorars stattgefunden hat, nicht berührt.

II. Was die sonstigen vom Appellanten in Ansatz gebrachten Gebühren, beziehungsweise Auslagen anlangt, so kann Appellant —

2. Zählgebühren

a. von der Einnahme und Ausgabe der Curatel-Rechnung [74] neben dem Verwaltungs-Honorar nicht beanspruchen. Wenn sich bei Souchay

Anmerk. zur Reform. p. 1223

bemerkt findet, das Honorar für Vormünder und Curatoren, die zugleich Advocaten seien, pflege auf 1/4 Procent von dem verwalteten Capital bestimmt zu werden, „ohne Einrechnung sonstiger Forderungen für eigentliche Advocaten-Geschäfte," so trifft diese letztere Ausnahme keinenfalls die Geld-Einnahme und Ausgabe, die das eigentliche Hauptgeschäft der Verwaltung und nicht ein besonderes Advocatengeschäft bildet.

b. Die Zählgebühr von der Einnahme und Ausgabe der Rechnung [76] ist dem Appellanten zugethan, jedoch — soviel die Ausgabe betrifft — mit vollem Rechte nicht von dem ganzen in der Rechnung vorkommenden Betrage derselben, sondern erst nach Abzug desjenigen, was Appellant auf Grund seiner Auslagen- und Deserviten-Rechnung für sich zurückbehalten hat.

LIII.

Wolf Elias Behr Schwabacher dahier, Kläger
contra
Aloys Maria Wigard zu Anspach, Beklagten.

Wolf Elias Behr Schwabacher zu Würzburg und Aloys Maria Wigard zu Anspach schlossen brieflich am 15. April 1845 folgenden Vertrag:

§ 1. Schwabacher gewährt dem Wigard einen Credit von fl. — gegen Deponirung courshaltender (österreichischer) Staatspapiere;

§ 2. die Entnahme der creditirten Summe kann theilweise bis zu Beträgen in minimo von fl. — — erfolgen, sobald der äquivalente Betrag in öffentlichen Staatspapieren nach drei Viertel des Courses deponirt ist; — —

§ 4. das creditirte Capital bleibt nach seiner Entnahme für beide Theile auf fünf Jahre — — unaufkündbar. Nach Umfluß dieses Termins steht beiden Theilen die ein Jahr vorher zu insinuirende Aufkündigung frei; — —

§ 5. der Debitor ist berechtigt, jene deponirten Staatspapiere, die zur Garantie der (nach theilweiser Rückzahlung) noch schuldigen Summe im Sinne der Bestimmung des § 2 nicht mehr erforderlich sind, zurückzuziehen.

§ 6. Sollte wider Erwarten die deponirten Papiere je unter den drei Vierteln des Courses, nach welchen sie deponirt worden,

herabsinken, so ist der Debitor zur Ergänzung der Versicherung durch Deponirung zureichender Papiere im Sinne des § 2 verbunden.

§ 7. Im Falle der Debitor mit den übernommenen Leistungen im Rückstande bleiben sollte, so ist der Creditor drei Tage nach dem Verfalltermin befugt, aus den deponirten Papieren seine Befriedigung zu entnehmen.

Durch das Sinken der Course war für die entliehene Summe die vertragsmäßige Deckung nicht mehr vorhanden. Schwabacher, der inzwischen sein Geschäft nach Frankfurt verlegt hatte, klagte auf Zahlung des Darlehns, eventuell bat er, um Ermächtigung zum öffentlichen Verkauf des Depot. Beklagter bestritt die Competenz der Frankfurter Gerichte, schützte die Einrede zu früher Klagerhebung vor und behauptete, daß die Partheien am 29. März 1849 den obigen Vertrag dahin modificirt hätten rc.

Das Stadtgericht erkannte am 22. November 1854, daß eine persönliche Klage gegen den dahier domicilirten Beklagten unzulässig erscheine, dagegen die eventuell auf Veräußerung der deponirten Werthpapiere gerichtete Klage als Pfandklage zu betrachten sei und daß Beklagter die behauptete Modification des Vertrags vom 10. April 1845 zu beweisen habe.

Auf Appellation des Beklagten wurde unter dessen Verurtheilung in die Kosten dieses Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 22. Januar 1855
Oberappellationsgerichte am 25. September 1856.

137. Zur Lehre von der Pfandklage. Bewegliche Sachen als Pfandobject. Veränderung des Domicils.
(cf. Bd. III. Nr. 19. 20.)

Anlangend die vermeintliche Incompetenz der Frankfurtischen Gerichte für vorliegende Rechtssache — — — —, so handelt es sich dermalen lediglich darum, ob das Stadtgericht sich mit Recht für competent erachtet habe, über den weiteren Antrag des Klägers auf Ermächtigung zum öffentlichen Verkaufe der zur Sicherheit für jenes Darlehn vom Beklagten bei ihm deponirten Staatseffecten zu erkennen. Nun hat zwar Kläger

1. diesen Antrag nur mit seinem Gesuche um Verurtheilung

Beklagtens zur Zahlung des Darlehns verbunden, auch im Klaglibelle nicht direct und bestimmt erklärt, daß er eventuell die Pfandklage erhoben haben wolle. Indessen diesem letzteren Mangel ist durch die deßfallsigen replicarischen Erklärungen genügend abgeholfen, hierin auch keine unstatthafte Aenderung der Klage, so daß dieselbe wenigstens angebrachter Maßen, wie Beklagter beantragt hat, abgewiesen werden müßte, sondern nur eine völlig zulässige Declaration des Klaglibells zu finden, wenn anders an sich obiger Antrag als Pfandklage sich ansehen und aufrecht halten läßt. Dies kann aber kein Bedenken haben. Zwar wird die Pfandklage der Regel nach nur zu dem Behufe angestellt, um den entweder überall noch nicht erlangten oder wieder verloren gegangenen Besitz des Pfandobjects und damit die factische Möglichkeit einer vollkommen wirksamen Veräußerung zum Zwecke der Befriedigung aus dem Erlöse zu erhalten. Indessen muß doch da, wo solche Pfandveräußerung, wie es nach dem in processualischer Hinsicht hier allein maßgebenden Frankfurter Rechte, übrigens auch nach

Cod. civ. Maximil. II, 6. 12. § 5

der Fall ist, nur unter Intervention der Gerichte stattfinden darf, dem im Besitze der Pfandobjecte schon befindlichen Gläubiger unbenommen bleiben, seine rechtliche Befugniß zu deren, an sich und factisch wegen jenes Besitzes unbehindertem Verkaufe mittelst förmlicher Klage darzulegen, resp. die gerichtliche Ermächtigung zu solchem auf diesem Wege zu beschaffen, und kann solcher Klage bloß um deßhalb, weil der Besitz der Pfandobjecte nicht erst erlangt, sondern als auf wirklicher Pfandberechtigung beruhend anerkannt werden soll, weder der Character einer dinglichen, noch insbesondere einer Pfandklage abgesprochen werden. Wiederholt hat denn auch schon früher in Fällen der obigen Art, wo mit der Schuldklage ein Antrag auf gerichtlichen Verkauf von Pfandstücken verbunden war, ersterer aber wegen Mangels der Gerichtszuständigkeit keine Folge zu geben stand, das Oberappellationsgericht die Pfandklage als angestellt, und insoweit, dafern nur deren sonstige Bedingungen vorlagen, als begründet angenommen.

Fr. S. v. Bethmann c. Cramer 1841

Flersheim c. Graf v. Geldern 1855.

Für eine Pfandklage unterliegt nun

2. die Zuständigkeit des Frankfurter Gerichts als fori rei sitae auch im vorliegenden Falle keinem Bedenken. Denn es ist

a. nach gemeinem und Frankfurter Rechte dieses forum auch bei beweglichen Sachen, und insbesondere auch da unzweifelhaft anwendbar, wo das Pfandobject in Staatspapieren besteht, an denen der Pfandgläubiger keineswegs ein bloßes pignus nominis, sondern ein wirkliches Faustpfand, wie an anderen Waaren gewinnt. Es kann ebensowenig

b. der fernere Einwand des Beklagten, es sei weder von dem Kläger bestimmt genug behauptet, noch sonst aus den Acten ersichtlich, daß die Pfandobjecte sich zu Frankfurt und damit im Bereiche der als forum rei sitae angegangenen dortigen Gerichte befinden, Beachtung finden, geschweige denn zu Abweisung des Klägers führen. Schon dies könnte in solchem Betrachte als ausreichend erachtet werden, daß Kläger, welcher sich im rubrum als Frankfurter Bürger und damit Frankfurt als seinen Wohnort bezeichnet hat, im Klaglibelle die zu veräußernden Effecten ein „in Händen gehaltenes Depot" nennt; jedenfalls wäre ein deßfallsiger Mangel durch die in der Replik ersichtliche, ganz bestimmte Behauptung, es befänden sich die fraglichen Staatspapiere zu Frankfurt, in vollkommen statthafter Weise verbessert. Daß aber die Wahrheit dieser Angabe nicht alsbald, und daß sie überhaupt nicht durch directen Beweis constatirt ist, kann zur vorläufigen Rückweisung der Klage oder zu Auflage eines deßfallsigen Vorbeweises um so weniger führen, als die Vermuthung dafür spricht, daß Kläger nach seinem neuen Wohnorte Frankfurt, wie überhaupt sein Geschäft und gesammtes Vermögen verlegt, so auch jenes beklagtische Depot gebracht haben werde, und als überdies Beklagter solches direct zu verneinen nicht gewagt, vielmehr sogar mittelbar

c. durch den weiteren und hauptsächlichen Einwand anerkannt hat, daß Kläger die ihm zu Würzburg überwiesenen Staatseffecten gar nicht nach Frankfurt zu verbringen befugt gewesen wäre, deren Dortsein weder dem Beklagten präjudiciren, noch überhaupt zur Begründung des fori rei sitae benutzt werden könne.

Auch dieser Einwand ist für ganz grundlos zu erachten. Selbst

wenn hier ein depositum im engeren und eigentlichen Sinne vorläge und Würzburg ausdrücklich zum Aufbewahrungs-Orte bestimmt wäre, würde bloß eine dolose Wegschaffung an einen anderen Ort als widerrechtlich gelten, sonst Beklagter nichts weiter verlangen können, als daß ihm auf Klägers Kosten zu Würzburg das Depot zurückgeliefert werde.

Vergl. L. 12 § 1 D. dep. (16, 3)

Nun aber handelt es sich hier nur um ein Faustpfand und nicht bloß, daß es in dem Vertrage vom 15. April 1845 an jeder Bestimmung darüber fehlt, wo die zu Klägers Sicherheit deponirten Staatseffecten aufzubewahren seien, oder daß solches in Würzburg als dem Orte der Uebergabe geschehen solle, kann auch, da jenes durch Briefwechsel von Wohnort zu Wohnort von den Partheien getroffene Abkommen nicht sowohl den Pfand- und Schuldcontract selbst, als nur ein pactum de mutuo et pignore dando enthält, in dessen Folge erst später zu Würzburg, als dem Wohnorte des Klägers, Entnahme des Darlehns und Hingabe des Depot eintrat, die dortige Behändigung und Aufbewahrung der verpfändeten Effecten überall nicht als ein naturale negotii erachtet werden. Bloß weil zur Zeit, wo jener Vertrag zur Ausführung kam, Würzburg des Klägers Domicil war, ist diese Stadt auch locus depositionis et oppignerationis geworden. Nun unterliegt einerseits das Domicil freibeliebigem Wechsel, andererseits folgt das bewegliche Gut, vollends der eigentliche Geschäftsfond, der Person des Inhabers bei bleibender Wohnortsveränderung ebenso factisch, als in rechtlicher Hinsicht und hat daher Beklagter die Verbringung jenes Depot nach Frankfurt als dem neu erwählten Wohnorte Klägers sich gefallen zu lassen. — Endlich kann auch

d. für die allein in Frage stehende Pfandklage, und weil es sich lediglich um die Zuständigkeit des fori rei sitae handelt, darauf nichts ankommen, ob Frankfurt als locus contractus et solutionis zu erachten wäre, und ob bei Abschluß jenes anderwärts zu Stande gekommenen und von anderen Orten aus brieflich verhandelten Abkommens irgend welche Rücksichtsnahme auf Frankfurt oder eine Unterwerfung unter die dortige Gerichtsbarkeit

obgewaltet habe. Im Uebrigen würde aber auch nach der Correspondenz, welche seit der, dem Beklagten anfangs vielleicht unbekannt gebliebenen Uebersiedlung Klägers nach und von Frankfurt aus zwischen den Partheien gewechselt worden ist, immer doch nur für die erste Eröffnung, dagegen nicht für die dermalige Gestalt des zwischen den Partheien bestehenden Geschäfts-Verkehrs jede Beziehung auf Frankfurt fehlen, und sogar anzunehmen sein, daß Beklagter trotz jener Wohnsitz- und Depot-Verlegung nach Frankfurt in die Fortsetzung des Geschäftsverhältnisses mit Klägern eingewilligt habe.

138. Depotgeschäfte von Staatspapieren. Sinken des Tagescours.

Zweifelhafter ist dem ersten Anscheine nach der weiter verfolgte Einwand des Beklagten, daß nach Maßgabe des Vertrags vom 15. April 1845 für den Fall eines solchen Weichens des Tagescourses, wobei, zu $3/4$ desselben berechnet, das Effecten-Depot nicht mehr die klägerische Forderung decke, Kläger nur auf Beschaffung ausreichender Sicherheit zu klagen berechtigt, und bei deren Nichtgewähr die Rückzahlung des Darlehns, resp. Ermächtigung zum Pfandverkaufe wenigstens erst nach vorgängiger einjähriger Kündigung zu fordern befugt sei, daß sonach die erhobene Klage jedenfalls als verfrüht erscheine.

Denn allerdings ließe sich der Wortlaut des Contractes zu Gunsten dieses Einwandes geltend machen, weil einerseits der § 6 für jenen Fall nur den Debitor zur Ergänzung der Versicherung verbunden erklärt, und im § 7 von einem Verfalltermin die Rede ist, von welchem ab nach drei Tagen der Creditor befugt sein soll, aus den deponirten Papieren seine Befriedigung zu entnehmen. Indessen würde eine Kündigungs-Pflicht und Frist, wie sie Beklagter in Anspruch nimmt, nicht bloß der Natur der Sache und dem Zwecke der obigen Ergänzungs-Clausel widersprechen, die ja nur darauf berechnet ist, trotz des oft raschen und bedeutenden, dabei jederzeit unberechenbaren Wechsels, welchem der Marktwerth solcher Staatspapiere unterliegt, dem Gläubiger eine fortdauernde und jederzeit hinlängliche Sicherheit zu verschaffen. Es ist ferner, wie sich aus

Bender Verkehr mit Staatspapieren § 100 u. 103

ergibt, allgemein üblich, derartige Depotgeschäfte dahin zu schließen, daß bei eintretendem Sinken des Werthes unter dem für die Deckung als Maßstab angenommenen Courssatze, auf deßfalls gestelltes Verlangen alsbald oder doch spätestens binnen 24 Stunden der Nachschuß geleistet werden muß, sonst die Verwerthung des Depot eintritt. Von vornen herein ist es daher kaum denkbar, daß die Clauseln des hier vorliegenden Contracts den Sinn haben sollten, welchen Beklagter ihnen vindicirt, und würde der von ihm beliebten Interpretation des Abkommens höchstens dann beigetreten werden können, wenn der obige Wortlaut gar keine andere Auffassung zuließe. Nun aber ist unverkennbar das vom Beklagten zu leistende Depot und daß dasselbe, selbst nur zu $^3/_4$ des Tagescourses berechnet, den jeweilig schuldigen Betrag erreiche und decke, als die Bedingung anzusehen, unter welcher allein die Credit-Eröffnung geschehen und auf Leistung, wie Belassung des Darlehns ein Anspruch gewährt ist. — Bei Nichteinhaltung dieser Bedingung und von dem Augenblicke ab, wo der Tagescours unter dem stipulirten Maße sinkt, ist daher eigentlich von selbst der Credit als nicht eröffnet, die deßfalls ertheilte Zusage als erloschen und wirkungslos anzusehen, dafern nicht der Debitor durch Nachschuß die unzureichend gewordene vertragsmäßige Deckung wieder herstellt. Will er von der hier ertheilten Creditzusage noch ferner Gebrauch machen und dem durch das Sinken des Courses eo ipso eingetretenen Verluste des aus jener Zusage für ihn erwachsenen Rechts begegnen, so muß er das Depot vervollständigen, und insofern kann er allerdings, obwohl dieser Nachschuß sich auch als eine ihm ertheilte Befugniß darstellt, als zu Ergänzung der Sicherheit „verbunden" bezeichnet werden; keineswegs aber läßt sich das beiderseitige Rechtsverhältniß dahin auffassen, daß der Creditor trotz mangelnder Deckung zu Fortsetzung des Geschäfts verbunden und bloß bessere Deckung zu verlangen befugt sei. Für die Erfüllung jener Verbindlichkeit wird nun zwar immer schon deßhalb, weil der Creditor dem Debitoren von dem eingetretenen Sinken des Tagescourses unter die stipulationsmäßige Höhe und von der dadurch herbeigeführten Nothwendigkeit einer Depot-Ergänzung Kunde zu geben hat, und wird nicht minder in Folge des allge-

meinen Grundsatzes eine gewisse Frist dem Debitor zu gewähren sein, daß auch da, wo sofortige Erfüllung Pflicht ist, die zu den deßfallsigen Vorkehrungen unentbehrliche Zeit nicht versagt werden darf. Allein gerade deßhalb kann man auch hier ganz füglich von einem „Verfall-Termine" sprechen, bis zu welchem der Debitor, wenn nicht das ganze Geschäft als erloschen gelten soll, von dem ihm gewährten Nachschußrechte Gebrauch zu machen, seiner deßfallsigen Verbindlichkeit nachzukommen habe und von welchem ab bei ausbleibendem Nachschusse die für die Verwerthung des Depot übliche oder, wie hier, besonders stipulirte Frist zu berechnen wäre. Mit dem Wortlaute des Contracts ist es sonach wohl vereinbar, wenn Kläger jene doppelte Einrede als eine grundlose angefochten hat. Da nun überdies der § 4, welcher einjährige Frist stipulirte, offensichtlich nur den Fall einer freiwilligen Aufkündigung vor Augen hat, und von der Stipulation des § 7 durch die wegen eventueller theilweisen Rücknahme, resp. Ergänzung des Depot in den § 5 und 6 getroffenen Bestimmungen getrennt ist, auch der § 7 eine an sich so natürliche und für den § 2 mehrfach vorkommende Remission auf den § 4 nicht enthält, zugleich in seinen Eingangsworten ganz allgemein dahin lautet, daß „wenn der Debitor mit den übernommenen Leistungen im Rückstand bleiben sollte," der Creditor befugt sei, aus dem Depot seine Befriedigung zu entnehmen, so war auch in Verwerfung der Einrede verfrühter Klagerhebung den vorderen Richtern beizutreten.

LIV.

Emanuel Buck zu Oberrad, Kläger u. Widerbeklagter
contra
Wittwe Dorothea Weyland, geb. Hahn dahier, Beklagte und Widerklägerin.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um eine Reihe persönlicher Leistungen, die Kläger dem verstorbenen Emanuel Hahn,

dessen Erbin Beklagte geworden ist, geleistet haben will. Nach rechtskräftigem Beweisinterlocute führte Kläger den ihm obliegenden Beweis durch Zeugen und Eidesdelation. Die Beklagte suchte ihren Gegenbeweis durch Beweisführung der bereits rechtskräftig verworfenen Einreden der Zahlung und des Verzichts zu erbringen. Das Stadtgericht erkannte am 4. April 1855 den Gegenbeweis für verfehlt. Dieses Urtheil wurde auf Appellation der Beklagten unter deren Verurtheilung in die Kosten bestätigt vom

Appellationsgerichte am 11. Juni 1855,
Oberappellationsgerichte am 25. September 1856.

LV.

Franz Peter Buhl in Deidesheim, Kläger
contra
D. Glänzer aus Mannheim, Beklagten.

Franz Peter Buhl als Inhaber der Rheinischen Früchtehandlung in Deidesheim klagte gegen den dahier wohnenden Beklagten zwei Forderungen wegen verkaufter Marmelade ein. In Betreff der einen Forderung behauptete Beklagter, daß Kläger den Verkauf seines Obstes vertragsweise dem G. Warnecke überlassen habe, er, Beklagter, aber Provisionsreisender des G. Warnecke gewesen wäre. In dieser Eigenschaft habe er die fragliche Waare an Wilh. Poser in Bremen verkauft: er sei somit nicht Käufer, sondern Vermittler des fraglichen Handels gewesen.

Auf Grund der beigegebenen Correspondenz wies das Stadtgericht am 26. Februar 1855 den Kläger mit diesem Theile der Klage ab und zur Ruhe. Auf beiderseitige Appellation bestätigte das Appellationsgericht am 14. Mai 1855 das stadtgerichtliche Urtheil, während auf Oberappellation des Klägers unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 6. October 1856 dem Kläger den Beweis auferlegte, daß der Beklagte am 1. August 1853 die in [4] act. facturirte Waare für

eigene Rechnung von ihm gekauft habe, unter Vorbehalt des eigentlichen Gegenbeweises für den Beklagten, insonderheit dahin, daß von dem Kläger in Deidesheim Ende September 1853 anerkannt worden sei, daß der Beklagte den Kauf vom 1. August für fremde Rechnung abgeschlossen habe.

139. Kaufgeschäft. Behauptung, der Kauf sei in fremdem Namen geschehen. Beweislast.

Das Klagfundament besteht darin, daß am 1. August 1853 der Beklagte die in [4] facturirten Waaren in eigenem Namen von dem Kläger zu Frankfurt in der Wohnung von Warnecke gekauft habe. Dieser Behauptung hat der Beklagte widersprochen und seinerseits behauptet, er habe keinen Kauf abgeschlossen, sondern nur die Vermittelung eines solchen übernommen, nicht für eigene, sondern für fremde Rechnung contrahirt. Nach richtigen Grundsätzen über die Beweislast ist daher zunächst der Kläger verbunden, den Beweis seines Klagfundaments zu liefern, und war ihm derselbe aufzulegen, da seiner Ansicht, daß der Beweis bereits vollständig oder doch so weit, daß es sich nur noch um die Nachlassung eines Gegenbeweises handeln könne, in den Acten enthalten sei, nicht beigepflichtet werden konnte. — — — Denn es läßt sich mit dem Kläger nicht annehmen, sobald der Beklagte zugestanden, daß er mit Kläger contrahirt habe, so sei Beklagter zahlungspflichtig, falls er nicht einen anderen Inhalt des Contracts nachweise. Sollte Beklagter nur ein Verkaufsmandat behauptet und den Abschluß eines Kaufes geleugnet haben, so verstände sich die Verpflichtung des Klägers, zunächst das von ihm behauptete Geschäft nachzuweisen, von selbst. Allein auch dann, wenn Partheien darüber einverstanden sind, daß das abgeschlossene Geschäft ein Kauf gewesen sei und nur darin von einander abweichen, daß der Eine behauptet, der Gegner habe im eigenen Namen, der Andere dagegen, er habe im fremden Namen contrahirt, enthält die letztere Behauptung nicht etwa eine dem zugestandenen Klagfundament gegenüber vorgeschützte Einrede, sondern die Behauptung eines Thatumstandes, welcher zum eigentlichen Gegenbeweise gehört, und es liegt zunächst dem Kläger ob, darzuthun, daß der

Beklagte sein Mitcontrahent in eigenem Namen gewesen sei. Hierfür enthält aber die von den Partheien beigebrachte Correspondenz so wenig, daß es sich nach solcher vielmehr fragen könnte, ob nicht der Beklagte den eigentlichen Gegenbeweis eines Kaufes für fremde Rechnung bereits erbracht habe.

140. Replik gegen eine verneinende Einlassung. Der Inhalt der Einrede in der Replikenschrift als selbstständiger Klagantrag benutzt.

Es konnte die von dem Beklagten in der Gegenerklärung aufgestellte Behauptung, der Beklagte sei dann, wenn er in fremdem Namen gehandelt hätte, dennoch in den klagend geforderten Betrag zu verurtheilen, weil er nach Poser's Schreiben vom 26. September nicht dessen Auftrag erfüllt habe und von solchem nicht vertreten werde, indem der Facturabetrag der Größe des von dem Beklagten dem Kläger verursachten Schadens gleichkomme, — über deren Nichtberücksichtigung in beiden vorigen Instanzen der Kläger sich in jetziger Instanz beschwert hat, Berücksichtigung finden. Denn dem Obigen zufolge ist die Behauptung des Beklagten, er habe das Geschäft in fremdem Namen abgeschlossen, keine selbstständige Einrede, sondern verneinende Einlassung, hiergegen aber eine wahre Replik unmöglich. Selbst dann aber, wenn man jene Behauptung als Einrede aufzufassen hätte, würde in der obgedachten Aufstellung des Klägers nicht eine Replik liegen, durch welche die Einrede beseitigt würde, sondern der Inhalt der Einrede würde vielmehr zu einem selbstständigen Klagantrag benutzt, was in der Replikenschrift unzulässig ist.

LVI.

Heinrich Ruppel zu Kahlbach, Kläger
contra
Reif u. Söldner dahier, Beklagte.

Das wegen Desertion der Introductionsfrist der vom Kläger gegen das Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 9./20. Mai 1856 eingewendeten Oberappellation nachgesuchte Restitutionsgesuch wurde vom Oberappellationsgericht am 16. October 1856 verworfen.

LVII.

S. Theodor Pfretzschner dahier, Kläger
contra
Jacob S. Fürth dahier, Beklagten
und
Karl Philipp Büchler dahier, Litisdenunciaten.

Unter dem 5. Juni 1853 wurde eine Quantität Tuchwaaren aus der Handlung Carl Ph. Süs (Eigenthümer K. Ph. Büchler) bei Theodor Pfretzschner niedergelegt. Am 25. August 1853 ließ sich K. Phil. Büchler die quäst. Waaren von Pfretzschner ausantworten und verkaufte solche für fl. — an J. S. Fürth. Nun behauptet Pfretzschner, daß diese Waaren gar nicht mehr dem K. Ph. Büchler (Inhaber der Firma Süs), sondern dessen Schwiegervater Ludwig Schnerr gehört hätten, welcher Letztere dieselben ihm, dem Pfretzschner, auf's Lager

gegeben habe. In Folge der Weigerung des Fürth, die Waaren wieder herauszugeben, will Pfretzschner dem Schnerr Ersatz geleistet haben und klagt nun auf Grund der ihm von Schnerr ertheilten jura cessa gegen Fürth auf Herausgabe der Waare. Beklagter in Beitritt des Litisdenunciaten Büchler leugnet die Richtigkeit der vom Kläger angegebenen Thatsachen und macht außerdem eine Reihe von Einwendungen geltend. Unter Verwerfung der letzteren verurtheilte das Stadtgericht am 28. Juni 1856 den Beklagten für den Fall, daß Kläger den Beweis erbringe, daß der Handelsmann Ludwig Schnerr die in den Acten verzeichneten Waaren, vor deren durch den Handelsmann Büchler vorgenommenen Verkaufe an den Beklagten, von Büchler eigenthümlich übertragen erhalten habe.

Auf Appellation des Beklagten und des Litisdenunciaten und den von diesen in zweiter Instanz gestellten Antrag auf Actenversendung wurde unter deren Verurtheilung in sämmtliche Kosten das stadtgerichtliche Erkenntniß bestätigt vom

Spruchcollegium zu Berlin am 28. März 1855
Oberappellationsgericht am 30. October 1856.

141. Bestimmung des Kaufpreises nach dem Preise des Weiterverkaufes.

Nach den Darstellungen des Klägers soll Litisdenunciat die Waaren an Schnerr dergestalt eigenthümlich überlassen haben, daß Letzterer dieselben zu verkaufen und die dafür erlösten Preise dem Litisdenunciaten in Anrechnung zu bringen, resp. für denselben übereinkunftsmäßig zu verwenden hatte. Hierin ist ein Verkauf der fraglichen Waaren an Schnerr zu finden, bei dem der Kaufpreis zwar nicht sofort dem Betrage nach festgesetzt, wohl aber dadurch genügend bestimmt worden ist, daß er in eben der Geldsumme bestehen sollte, die Schnerr durch den Weiterverkauf erlösen werde.

cf. L. 7 § 1. 2 D. L. ult. C. de contr. emt. (18, 1; 4, 38)

142. Beschränktes Eigenthum. Beweislast.

Appellanten glauben, der Beweissatz hätte dahin gefaßt werden müssen, daß Schnerr ein unbeschränktes Eigenthum erwor-

ben habe. Wer jedoch sein Eigenthum beweist, braucht daneben nicht noch darzuthun, daß dies sein Recht ein unbeschränktes sei, sondern es ist Sache des Gegners, der behauptet, daß eine der dem Eigenthum an und für sich innewohnenden Befugnisse dem Eigenthümer im vorliegenden Falle nicht zugestanden habe, daß er seinerseits dies als eine Einrede vorbringe, factisch begründe und nöthigenfalls beweise.

143. Behauptung, sich des Verkaufsrechtes an den Waaren niemals begeben zu haben.

Die Einrede fehlender Sachlegitimation ist darauf gestützt, daß Schnerr nicht Eigenthümer der Waaren gewesen sei, enthält also nur verneinende Einlassung. Appellanten vermeinen freilich, es sei eine wahre Einrede, wenn Litisdenunciat vorbringe, er habe sich — nach den abgeschlossenen Verträgen — des Verkaufsrechts an den Waaren niemals begeben, indem diese Behauptung selbstverständlich auch für den Fall aufgestellt sei, daß Schnerr wirklich Eigenthümer geworden sein sollte. Nun ist es allerdings nicht ganz undenkbar, daß Jemand das Eigenthum einer Sache übertrage, zugleich aber sich das Recht vorbehalte, dieselbe verkaufen zu dürfen. Allein des Litisdenunciaten Vorbringen geht überall nur darauf hinaus, auf Schnerr sei das Eigenthum der Waaren nicht übertragen worden, es habe vielmehr ein anderes Rechtsverhältniß bestanden, vermöge dessen Litisdenunciat die Dispositionsbefugniß über die Waaren behalten habe; und darin kann Niemand die auch nur eventuell aufgestellte Behauptung finden: auch wenn Schnerr Eigenthümer geworden sein sollte, so habe doch, vermöge besonderer Nebenverabredung bei der Eigenthumsübertragung Litisdenunciat sich das Verkaufsrecht vorbehalten. Der Ausdruck: Litisdenunciat habe sich dieses Rechtes nie begeben, weist vielmehr deutlich darauf hin, daß es sich hier nur um ein einfaches Ableugnen des klägerischerseits behaupteten Eigenthums-Uebergangs handelt.

144. Selbsthülfe. Anwendung des decretum D. Marci.

Die Einrede, daß Kläger durch Gebrauch von Gewalt in Gemäßheit des decretum Divi Marci sein Klagrecht verwirkt habe, findet in den Entscheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntnisse ihre vollständige Widerlegung *).

*) Mehr Schein von Selbstständigkeit könnte die Einrede der gebrauchten Selbsthülfe haben. Kläger soll durch die gegen Litisdenunciaten geübte unerlaubte Selbsthülfe nach dem decretum D. Marci seine Rechtszuständigkeit eingebüßt haben. Allein dieses decretum D. Marci, welches den Gläubiger, der um seiner Befriedigung willen Sachen des Schuldners eigenmächtig in Besitz nimmt oder demselben eine Zahlung abnöthigt, mit dem Verluste seiner Forderung bestraft,

Puchta Pandecten § 80

Arndts Pandecten § 95

findet auf den vorliegenden Fall keine Anwendung. Aus den Partheiverhandlungen erhellt im Wesentlichen soviel, daß Kläger den Litisdenunciaten — um die Folgen des an den Beklagten gemachten Verkaufs der Waaren quaest. rückgängig zu machen — widerrechtlich eingesperrt hat und dafür mit Geldbuße belegt worden ist. Es war indeß die geübte Gewalt — — in Beziehung auf den beabsichtigten Zweck erfolglos geblieben, während die Anwendung der Privatstrafe der Selbsthülfe, wie überhaupt bei Privatstrafen Regel ist und die Wortfassung der betreffenden Römischen und Deutschen Gesetze mit sich bringt, die Erreichung des Zweckes, keinen bloßen Versuch voraussetzt.

Linde Zeitschrift für Civilr. u. Proc. I. 400. 422.

Ueberdies hatte Kläger bei der gegen Litisdenunciaten geübten Gewalt nicht als dessen Gläubiger agirt, auch klagt er gegenwärtig nicht aus eigener Person, sondern lediglich als Schnerr's Cessionar.

LVIII.

Karl Philipp B. dahier, Kläger
contra
seine Ehefrau Elisabeth Emilie, geb. Sch. dahier, Beklagte.

Die B.'schen Eheleute hatten am 17. Mai 1853 einen Vertrag abgeschlossen, nach welchem die gemeinschaftliche Haushaltung aufhören und beide Eheleute zu ihren resp. Eltern zurückkehren sollten. In Betreff der beiden Kinder, die die B.'schen Eheleute hatten, setzte der Vertrag fest, daß dieselben, als vorerst noch hauptsächlich der mütterlichen Pflege und Erziehung bedürftig, bei ihrer Mutter verbleiben sollten. Der Ehemann klagt nun auf Grund, daß seine Ehefrau nicht im Stande sei, den siebenjährigen Knaben zu erziehen, und demselben Haß gegen seinen Vater einflöße und die Gelegenheit zu Zusammenkünften zwischen Vater und Sohn gänzlich abschneide, auf Herausgabe des Sohnes Ludwig.

Das Stadtgericht erkannte am 17. September 1855:

I. Die Beklagte ist schuldig, das bei ihr verpflegte älteste Kind dem Kläger binnen 14 Tagen herauszugeben — —, sie könnte denn binnen gleicher Frist beweisen, daß der Kläger nicht im Stande sei, dem Kinde die erforderliche Pflege und Erziehung zu gewähren.

II. Dem Kläger wird nachgelassen, binnen 14 Tagen rechtsgenügend (die Replik) darzuthun, daß die Beklagte sich ebenfalls außer Stande befinde, dem Kinde, die erforderliche Pflege und Erziehung zu gewähren.

III. Je nach dem Ergebniß der vorgedachten Beweise soll in der Hauptsache und wegen der Kosten anderweite Verfügung erfolgen.

Auf Appellation der Beklagten erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 21. December 1855, daß

die Beklagte noch zur Zeit nicht verbunden sei, das älteste Kind dem Kläger zu verabfolgen und die Kosten zu ersetzen, vielmehr der fragliche Knabe in Gemäßheit der getroffenen Uebereinkunft bei der Mutter zu belassen sei, wenn nicht Kläger — erweisen würde, daß die Beklagte dem Kinde die erforderliche Erziehung zu gewähren nicht geeignet sei, wogegen der Beklagten der Gegenbeweis, sowie der Beweis ihrer Einreden, daß der Kläger ebenfalls nicht vermöge, dem Knaben die erforderliche Erziehung zu gewähren, nachzulassen ist.

Auf Oberappellation des Klägers erkannte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 30. October 1856, daß die sententia a qua dahin abzuändern sei, daß dem Kläger alternativ mit dem nach diesem Erkenntnisse ihm obliegenden, noch der Beweis aufzuerlegen sei, daß Beklagte oder deren Eltern dem Verkehre des Klägers mit seinem Sohne absichtlich Hindernisse in den Weg gelegt haben.

145. Privatübereinkunft der Ehegatten über eine factische Trennung.

Beide vorige Instanzen gehen übereinstimmend davon aus, daß die vom Appellanten auf Herausgabe seines Kindes erhobene Klage an und für sich in der unbestrittenen väterlichen Gewalt desselben ihre Begründung finde, und es sich daher nur um die von der Beklagten vorgeschützten Einreden handele, und diese dem positiven Rechte entsprechende Annahme

L. 1 § 7 D. de lib. exh. (43, 20)

ist auch von der Beklagten nicht bestritten. Die Beschwerden beziehen sich nun sämmtlich auf die, der Uebereinkunft vom 17. Mai 1853 entnommene Einrede, welche das Stadtgericht stillschweigend verworfen, das Appellationsgericht aber für begründet und liquid erachtet hat. — — — Kläger glaubt nun, daß diese Uebereinkunft deßhalb hinfällig sei, weil der ihr zu Grunde liegende, über zeitweilige Separation der Ehegatten abgeschlossene Vertrag ein rechtlich wirkungsloser sei, Beklagte also, indem sie von ihrem Ehemanne getrennt lebe, in einem rechtswidrigen Zustande sich befinde. Hier werden indeß Dinge mit einander vermengt, die durchaus getrennt zu halten sind. Ein Recht auf

separates Leben kann allerdings ein Ehegatte durch Privatübereinkunft nicht erwerben; allein kein Gesetz verbietet es, daß die Frau mit Einwilligung des Mannes von diesem factisch getrennt lebe. Kläger kann verlangen, daß Beklagte zu ihm zurückkehre und damit auch der Wirksamkeit der über die Kindererziehung getroffenen Vereinbarung ein Ende machen. Allein er hat jenes Verlangen nicht gestellt, ist vielmehr vollkommen damit einverstanden, daß seine Frau auch ferner von ihm getrennt bei ihren Eltern lebe, und kann eben deßhalb die für diesen Fall getroffene Uebereinkunft in Betreff der Kindererziehung nicht ohne Weiteres als eine auf rechtswidriger Grundlage beruhende anfechten.

146. Privatübereinkunft der Ehegatten über Erziehung der Kinder. Vorzug der Mutter.

Kläger bestreitet der Uebereinkunft vom 17. Mai 1853 die rechtliche Wirksamkeit deßhalb, weil das in der väterlichen Gewalt begründete Recht, über den Aufenthalt und die Erziehung der Kinder Bestimmung zu treffen, im Wege der Privat-Disposition nicht aufgehoben oder beschränkt werden könne. Dies letztere ist ohne Zweifel im Verhältnisse des Vaters zu einem Dritten vollkommen richtig.

arg. L. 1 § 2 D. de lib. exh. (43, 30)

Allein im Verhältnisse zwischen Vater und Mutter treten erhebliche Modificationen ein. Der Mutter steht an und für sich ebenfalls ein Anspruch darauf zu, daß sie das Kind bei sich habe und erziehe.

L. 2. 3 C. de lib. exh. (8, 8)

L. 1 C. ubi pup. educ. deb. (5, 49)

Dieser Anspruch muß allerdings der Regel nach dem Rechte des Vaters, als dem stärkeren, weichen; allein aus besonderen hinreichenden Gründen kann ihm auch der Vorzug vor diesem eingeräumt werden.

L. 1 § 3 L. 3 § 5 D. eod. (43, 30)

Daß — wie Kläger behauptet — das Römische Recht dies nur für den einen Fall einer **nequitia patris** anerkenne und die Praxis dem nur noch einen zweiten Fall — das zarteste Kindesalter —

angereiht habe, ist nicht richtig. L. 1 § 3 cit. spricht der Mutter den Vorzug ganz allgemein dann zu, wenn eine „justissima causa“ dafür vorliege; und in L. 3 § 5 cit. ist die nequitia patris offenbar bloß beispielsweise genannt. — Wenn nun zwischen Vater und Mutter, die factisch getrennt von einander leben, wie vorliegend geschehen, die Vereinbarung getroffen wird, daß das Kind, als vorerst hauptsächlich noch der mütterlichen Pflege und Erziehung bedürftig, bis zu einem bestimmten Zeitpuncte bei der Mutter sich aufhalten und von ihr erzogen werden soll, so kann einer solchen Vereinbarung zwar die Natur eines obligatorischen Vertrags nicht zuerkannt werden, indem der Gegenstand derselben Object einer Obligation überhaupt nicht sein kann. Allein es hat durch eine solche Uebereinkunft doch der Vater (von dem vorausgesetzt werden muß, daß er vor allen Dingen das wahre Beste des Kindes im Auge gehabt) anerkannt, daß im untergebenen Falle hinreichende Gründe vorliegen, um dem Aufenthalte und der Erziehung des Kindes bei der Mutter vor dem bei dem Vater den Vorzug zu geben, daher nun nicht mehr von der Mutter verlangt werden kann, daß sie das Vorhandensein einer justa causa für den Aufenthalt des Kindes bei ihr darlege und beweise, sondern es Sache des Vaters wird, nachzuweisen, daß und weßhalb die Ausführung der Uebereinkunft dem wahren Interesse des Kindes nicht entsprechen würde. Nur in diesem Sinne ist dann auch, wie sich aus der dem Kläger in letztgedachter Beziehung gemachten Beweisauflage ergibt, der Ausspruch der vorigen Instanz, daß der fragliche Vertrag rechtsbeständig sei, zu verstehen.

147. Uebertragung der Kindererziehung an die Mutter durch Privatübereinkunft der Ehegatten. Folgen der Nichterfüllung des Vertrags von Seiten der Mutter.

Die zweite und dritte Beschwerde gehen dahin, daß nicht die feindseligen Gesinnungen der Beklagten und deren Eltern gegen den Kläger, welche demselben jede Ausübung der väterlichen Gewalt, ja den Zugang zu dem Kinde unmöglich machten, als ein Grund der Wirkungslosigkeit der über die Kindererziehung getroffenen Vereinbarung anerkannt und wegen Liquidität dieser Replik die

auf jene Uebereinkunft gestützte Einrede verworfen, eventuell die Replik zu Beweis verstellt worden.

1. Die Thatsache feindseliger Gesinnungen an und für sich ist freilich irrelevant, dieselbe gewinnen aber Erheblichkeit, sobald sie zu einem Benehmen der Beklagten oder deren Eltern geführt haben, wodurch die Rechte des Klägers, die er im Vertrage vom 17. Mai 1853 in Betreff der Kinder sich vorbehalten, verletzt worden sind. Beklagte ist freilich der Ansicht, daß Kläger aus diesem Grunde nur auf Vollziehung der fraglichen Uebereinkunft zu dringen, nicht aber dieselbe ganz zu beseitigen berechtigt sein würde. Es kann ihr aber darin nicht beigepflichtet werden. Kläger hat in den Aufenthalt rc. der Kinder bei der Mutter nur gewilligt und diesen als in den Interessen der Kinder liegend nur anerkannt unter der sich von selbst verstehenden Voraussetzung und Bedingung, daß seine Ehefrau und beziehungsweise deren Eltern, die an der Uebereinkunft sich betheiligt, allen ihnen dadurch erwachsenen und insbesondere den in § 3 des Vertrags ausdrücklich übernommenen Verpflichtungen gewissenhaft nachkommen würden. Fehlten sie hierin, so stellt sich eben damit jene Voraussetzung und Bedingung als nicht erfüllt dar, und dem in der väterlichen Gewalt begründeten Anspruche des Klägers auf Herausgabe des Kindes steht die in der Uebereinkunft enthaltene Anerkennung nicht weiter entgegen.

2. Kläger hat nun nicht nur die allgemeine Behauptung aufgestellt, daß ihm von Seiten der Beklagten und deren Eltern im Widerspruche mit dem ausdrücklichen Vorbehalte in § 3 des oft erwähnten Vertrages vom 17. Mai 1853 der Zugang zu seinem Kinde abgeschnitten worden, sondern dieselbe auch durch Angabe einzelner Umstände, wie namentlich, daß man ihm, als er sein Kind besuchen wollen, den Rücken zugekehrt und ihn habe allein stehen lassen und daß das Kind, weil es ihn erkannt, gezüchtigt worden sei, näher specialisirt. Für eingestanden kann dagegen nach den von der Beklagten in erster Instanz abgegebenen Erklärungen keine dieser Behauptungen angesehen werden. Ebensowenig steht anzunehmen, daß die hier erörterte Replik in dem vom Appellationsgerichte dem Kläger auferlegten Beweise bereits mitbe-

griffen sei. Denn bei dieser Replik handelt es sich nicht um die Erziehung der Kinder, sondern um die verletzten Rechte des Vaters. Hiernach mußte der dem Kläger behufs Elidirung der aus dem Vertrage vom 17. Mai entnommenen Einrede zu gestattende Beweis, wie nunmehr geschehen, alternativ auf die beiden Repliken: der Ungeeigentheit der Beklagten zur Erziehung des Kindes und der Verletzung der vorbehaltenen Rechte des Vaters gerichtet werden. — — — —

Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist hier noch zu bemerken, daß der vom Oberappellationsgerichte jetzt dem Kläger gestattete Replikenbeweis nur zur Elidirung der aus der Uebereinkunft vom 17. Mai 1853 entnommenen Einrede der Beklagten geeignet ist, der anderen, auf die Unfähigkeit des Klägers zur Erziehung des Kindes gegründeten Einrede gegenüber aber keine Wirkung äußern kann; daß also, wenn Kläger nur jenen, nicht aber den vom Appellationsgerichte ihm auferlegten Beweis erbringen, Beklagte dagegen den ihr nachgelassenen Beweis, „daß Kläger dem Kinde die erforderliche Erziehung zu geben nicht vermöge," liefern sollte, ungeachtet der Zerstörung der erstgedachten Einrede, nunmehr doch, auf Grund der zweiten, Abweisung der Klage würde erfolgen müssen.

LIX.

Anton Hartmann Kinder dahier, Kläger
contra
Friedericke Hartmann dahier, Beklagte.

Die Georg Daniel Hartmann'schen Eheleute setzten im art. 1 ihres Testamentes ihre beiden Söhne Anton und Peter Hartmann und ihre Enkelin Friedericke Hartmann, Tochter ihres verstorbenen Sohnes J. Georg Hartmann je zu ⅓ als Erben ein und verfügten im art. 2 weiter: „Sollte unsere Enkelin

ohne Kinder verſterben, ſo ſoll ihr Antheil unſerer Verlaſſenſchaft auf unſere zu Miterben eingeſetzten Söhne oder deren Kinder und zwar nach Stämmen fallen. Sollte aber einer oder der andere unſerer Söhne ohne Kinder verſterben, ſo ſoll ſein Antheil unſerer Verlaſſenſchaft lediglich ſeinem zum Miterben eingeſetzten Bruder oder deſſen Kindern zuwachſen.“

Obgleich dieſer letztere Fall eingetreten war, indem der Sohn Peter Hartmann vor ſeinem Vater verſtarb, ſo wurde doch unter Zuziehung eines gerichtlich ernannten und verpflichteten Theilungsbeiſtandes das reine Nachlaßvermögen in zwei gleiche Theile getheilt: die eine Hälfte erhielten die Anton Hartmann'ſchen Kinder, die andere Hälfte Friedericke Hartmann. Die Klage der erſteren verlangt nun, daß die letztere die Summe von fl. — herausbezahle, weil ihr dieſer Betrag in Folge der obigen, bei der Theilung überſehenen Beſtimmung des Teſtaments nicht gebühre. Das Stadtgericht verurtheilte am 8. Januar 1855 die Beklagte zur Zahlung des libellirten Betrages ſammt Verzugszinſen und zum Erſatze der Proceßkoſten. Dieſes Urtheil wurde auf Appellation unter Verurtheilung derſelben in die Koſten beſtätigt vom

Appellationsgerichte am 19. März 1855,
Oberappellationsgerichte am 17. November 1856.

148. Der beſtimmten Vorſchrift eines Teſtaments gegenüber darf die Frage über die Abſicht des Teſtators nicht zugelaſſen werden.

Der klaren, einer anderen Deutung gar nicht fähigen Vorſchrift des § 2 des Teſtaments gegenüber können die von der Beklagten angeführten Umſtände ꝛc. gar nicht in Betracht kommen — — und könnte man ſelbſt dadurch zu einem Zweifel über die Abſicht des Teſtators veranlaßt werden, ſo würde derſelbe doch bei der ausdrücklichen und beſtimmten Vorſchrift des § 2 unberückſichtigt bleiben müſſen.

L. 25 § 1 D. de legat. III. (32)

149. Anfechtung einer Theilung wegen Irrthum.

Die Frage, ob die rechtlichen Voraussetzungen zur Anfechtung einer durch die Art der Theilung platzgreifenden Verletzung vorliegen, mußte unbedenklich bejaht werden.

Zunächst ist gewiß, daß hier nur eine außergerichtliche Theilung in Rede steht, d. h. eine solche, welche durch Vertrag der Betheiligten, nicht durch richterliches Urtheil geordnet ist, daß also alle die Beschränkungen der Anfechtungsbefugniß, welche im letzteren Falle aus der Wirkung der Rechtskraft folgen, gar nicht in Betracht kommen können. Auch kann es ganz dahingestellt bleiben, inwieweit der Theilungsvertrag durch gerichtliche Bestätigung eine größere Festigkeit zu erlangen vermag, da der vorliegende Theilungsreceß von dem Stadtgerichte II. nur zu den Acten genommen, aber nicht gerichtlich bestätigt worden ist und auch die hinzugekommene obervormundschaftliche Genehmigung sich ausschließlich auf einen einzelnen Punct bezieht, welcher jetzt nicht in Frage steht. Daß aber die wegen der betheiligten Minderjährigen erfolgte Zuziehung eines verpflichteten Theilungsbeistandes irgend etwas an dem Umfange der Anfechtungsmittel gegen den Vertrag ändern sollte, dafür fehlt es an jedem Rechtsgrunde. Es kam daher nur auf die allgemeinen Rechtsregeln an, welche für die Anfechtung jeder außergerichtlichen Theilung eintreten.

Die auf verschiedener Auslegung der

L. 3 C. commun. utr. jud. (3, 38)

beruhende gemeinrechtliche Streitfrage, ob ein Theilungsvertrag bloß wegen einer Verletzung über die Hälfte oder auch wegen jeder geringeren Verkürzung angefochten werden könne, bezieht sich lediglich auf den Fall, wenn in Ansehung des Werthansatzes der den Interessenten bei der Theilung zugewiesenen reellen Objecte eine Uebervortheilung stattgefunden haben soll. Was dagegen die Regeln betrifft, welche über die Anfechtung der Verträge überhaupt aus allgemein dazu geeigneten Gründen, z. B. wegen Zwangs, Betrugs oder Irrthums gelten, so wird deren Anwendung auf den Theilungsvertrag durch jene Streitfrage gar nicht berührt. Die Zulässigkeit einer solchen Anfechtung wird allgemein

auch von denen, welche bei unrichtiger Schätzung nur eine Verletzung über die Hälfte berücksichtigt wissen wollen, ausdrücklich anerkannt.

Vgl. Stryk usus mod. X, 2 § 7
Voet comment. X, 2 § 34. 35
Berger oecon. jur. lib. III. tit. 6 th. 3 nte. 9
Thibaut Pand. (ed. 7) § 729 fin.
Mühlenbruch Pand. II. § 719.

Wenn daher das Frankfurtische Recht jene Streitfrage gleichfalls zu Gunsten der strengeren Ansicht entschieden hat,

Reform. Th. VI. tit. 4 § 8

so ist damit an der Befugniß, einen Theilungsvertrag wegen eines nach allgemeinen Grundsätzen dazu geeigneten Irrthums anzufechten, nichts geändert, wie dies auch von den Schriftstellern über Frankfurtisches Recht übereinstimmend angenommen wird.

Orth Anmerk. Forts. III. p. 106
Adlerflycht Privatr. § 346 f.
Bender Handbuch p. 617
Souchay Anmerk. Bd. II. p. 1105.

Im vorliegenden Fall konnte es aber keinem Zweifel unterliegen, daß der in der Klage behauptete Irrthum schon nach den allgemeinen Grundsätzen das Recht gab, den Vertrag als unverbindlich anzufechten.

1. In einem Theilungsvertrag sind zweierlei Bestimmungen zu unterscheiden; diejenigen, welche das unter den Interessenten bereits bestehende Rechtsverhältniß wiedergeben und diejenigen, welche auf diese Grundlage hin die Art und Weise der Auflösung der Gemeinschaft festsetzen. Nur die letzteren sind wirkliches Ergebniß der Willkür und wechselseitiger Verständigung der Interessenten, die ersteren dagegen sind nur der Ausdruck dessen, was als bereits bestehend und die Interessenten bindend vorausgesetzt wird; dahin gehört namentlich die Größe der den Einzelnen zustehenden Quoten an dem gemeinschaftlichen Gegenstand, der Theilungsmaßstab. Soweit nun die stipulirten Leistungen auf einer vorausgesetzten Grundlage der Art beruhen, werden die entsprechenden Zusagen nur darum gemacht, weil die Interessenten

sich einander dazu verpflichtet erachten. Daraus folgt aber, daß, wenn über die vorausgesetzte Grundlage ein entschuldbarer Irrthum obwaltete, mit der condictio indebiti sowohl die dadurch veranlaßte vertragsmäßige Zusage angefochten, als die in Folge derselben gemachte Leistung zurückgefordert werden kann,

vgl. L. 5 § 1 D. de act. emti (19, 1)

L. 1 pr. D. ut in poss. leg. (36, 4)

und dies muß also insbesondere dann gelten, wenn ein Interessent aus Irrthum über den wahren Theilungsmaßstab dem anderen Interessenten einen größeren Erbtheil zusagte und auskehrte, als ihm wirklich gebührte. Bedürfte es hierfür noch einer besonderen Bestätigung, so würde diese in

L. 36 fin. D. fam. hercisc. (10, 2)

zu finden sein, wo demjenigen, welcher außergerichtlich mit einem Anderen theilte, den er irrig für seinen Miterben hielt, die condictio indebiti auf Rückgabe der abgetretenen Erbschaftssachen zugesprochen wird. Denn ob jemand einen Anderen irrig für seinen Miterben hält, der es gar nicht ist, oder ob er ihn zu einem größeren Antheile, als ihm gebührt, für seinen Miterben hält, steht sich in Bezug auf den Rechtsgrund der condictio indebiti ganz gleich;

vgl. Voet l. c. § 34

in dem einen, wie in dem anderen Falle ist die Zusage der Ausantwortung des nicht gebührenden Erbtheils nicht das Product freier Uebereinkunft, sondern des irrigen Glaubens, zu solcher Zusage und Ausantwortung verpflichtet zu sein, wie dies am Schluß jener Gesetzstelle treffend als Motiv der Entscheidung ausgedrückt ist: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit.

2. Die vorliegende Klage stützt sich nun auf einen im Theilungsreceß zu Grunde gelegten unrichtigen Theilungsmaßstab und entspricht auch sonst nach den Angaben der Kläger — — den Bedingungen der condictio indebiti selbst nach ihrer engsten Begränzung. Denn es wird behauptet, man sei bei Anfertigung des Theilungsrecesses dadurch zu jenem Theilungsmaßstab gelangt, daß man die oben erwähnte Bestimmung in § 2 des großväterlichen

Testaments übersehen habe. Der Fehler soll also durch Unkenntniß einer letztwilligen Verfügung, somit durch einen factischen Irrthum, veranlaßt worden sein; und dieser Irrthum stellt sich den Umständen nach als ein völlig entschuldbarer dar. — — — Ist aber hiernach die condictio indebiti durch einen dazu geeigneten Irrthum begründet, so folgt von selbst die Verwerflichkeit des Antrages: die Klage angebrachter Maßen abzuweisen, weil der Theilungsreceß nur im Wege der Restitution hätte angefochten werden können, diese aber nicht in der gehörigen Weise nachgesucht worden sei, eventuell doch den großjährigen Mitkläger G. D. Hartmann abzuweisen; — sowie des ferneren Antrages, die Klage deßhalb, weil keine Verletzung über die Hälfte vorliege, noch auch behauptet sei, gänzlich abzuweisen.

LX.

Adolf Mayer zu Carlsruhe, Kläger u. Widerbeklagter contra M. Lion dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Adolf Mayer stellte klagbar vor, M. Lion habe ihm 134 Ballen alten Hopfen im Gesammtgewicht von 184 bis 187 Zollcentner, den Zollcentner zu fl. — mit 5% Tara mit der Bestimmung verkauft, daß die Waare längstens bis zum 10. October 1854 hier in Frankfurt gegen Erlag des Betrags in Wechseln zu übernehmen sei. Am 28. September 1854 habe ihm aber Beklagter eine circa 150 Centner schwere und zwar nicht probemäßige Waare angeboten, die er nicht angenommen habe. Kläger bat den Beklagten zur Lieferung der gedachten Waare und zum Schadensersatze zu verurtheilen. Der Beklagte gab den Sachverhalt folgender Maßen an, Kläger habe 134 Ballen alten Hopfen ohne Gewichtsbestimmung zu dem angegebenen Preise gekauft; am 28. September habe er 134 Ballen ausliefern wollen, wobei der Kläger nur

8 Ballen als nicht probemäßig erkannt und einen Ballen als durchaus verdorben erklärt habe. Die 125 Ballen habe er wenigstens annehmen müssen. Beklagter erhebt seinerseits Widerklage auf Schadensersatz, d. h. Verzinsung des Kaufpreises vom 28. September 1854 an und Ersatz des Lagergeldes, der Assecuranz rc. Während der Verhandlungen nahm Kläger 133 Ballen von jenem Hopfen unter Wahrung aller seiner Rechtszuständigkeiten an.

Das Stadtgericht erkannte am 10. September 1855:

1. Kläger hat — — rechtsgenügend darzuthun, daß ihm Beklagter das Gewicht der verkauften 134 Ballen alten Hopfen zu 184 — 187 Zollcentner garantirt habe.

2. Führt Kläger diesen Beweis, so ist Beklagter unter Verwerfung seiner Widerklage schuldig; die Lieferung alten Hopfens an den Kläger bis zum Gewichtsbetrage von 184 Zollcentner zum Preise rc. zu ergänzen, auch dem Kläger allen durch die Unterlassung vertragsmäßiger Lieferung erweislich verursachten Schaden zu ersetzen.

3. Erbringt dagegen Kläger obigen Beweis nicht, so ist er unter Verwerfung seiner Klage als Widerbeklagter schuldig, die mustermäßigen $^2/_3$ des 134. Ballens von 89 Pfund noch zu beziehen und dem Widerkläger mit fl. — sammt Verzugszinsen vom 28. September 1854 zu bezahlen, ferner demselben aus dem Kaufpreise von fl. — — Verzugszinsen zu 5 vom Hundert für die Zeit vom 22. September 1854 bis zum Momente der Bezahlung zu entrichten, endlich dem Widerkläger alle durch seine Weigerung des Empfangs der Waare verursachten Schäden und Kosten zu ersetzen.

4. Ueber den Kostenpunct bleibt Entscheidung vorbehalten.

Auf Appellation des Beklagten erkannte mit Zuziehung von Handelsassessoren, unter Compensation der Kosten, das Appellationsgericht am 14. December 1855, daß der Kläger als Widerbeklagter sofort und ohne Rücksicht auf den ihm nachgelassenen Beweis zur Leistung desjenigen verpflichtet ist, wozu er unter 3 der sententia a qua verurtheilt worden, außerdem aber die in voriger Instanz in der Widerklage entstandenen Kosten allein zu tragen hat. Dieses Urtheil wurde auf Oberappellation des Klägers

unter Verurtheilung desselben in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 29. November 1856 bestätigt.

150. Zurückweisung theilweiser Erfüllung.
(cf. Bd. II. Nr. 130.)

Kläger und Widerbeklagter verlangt vermittelst seiner Beschwerden jetziger Instanz die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 10. September v. J., welches in pos. 3 die Verurtheilung des Widerbeklagten in den für liquide erachteten Theil der von dem Beklagten und Widerkläger geltend gemachten Schadensforderung davon abhängig gemacht hatte, daß der Kläger den ihm in der Vorklage auferlegten Beweis einer in Betreff des Gewichts der 134 Ballen alten Hopfens übernommenen Garantie nicht erbringen würde; dem vorgängig also die Aufhebung des von dem Appellationsgerichte am 14. December v. J. gefällten Urtheils, welches den Widerbeklagten ohne Rücksicht auf gedachten Beweis zu sofortiger Berichtigung der gedachten liquide gestellten Summe, sowie der durch die Widerklage entstandenen Kosten für verbunden erklärt hat. Diesem Verlangen konnte jedoch nicht entsprochen werden. Denn auch dann, wann der Kläger den Beweis erbringt, es sei ihm ein Gewicht der verkauften 134 Ballen alten Hopfens zu 184—187 Zollcentner garantirt worden, war der Kläger nicht befugt, die ihm von dem Beklagten am 28. September 1854 angebotenen circa 168 Centner zurückzuweisen. Der Grundsatz nämlich, ein Käufer sei berechtigt, eine theilweise Lieferung der gekauften Sache ohne Weiteres zurückzuweisen, ist in seiner Allgemeinheit im kaufmännischen Verkehr unrichtig: diese Berechtigung tritt vielmehr nur dann ein, wenn entweder Natur und Beschaffenheit des verkauften Objects es mit sich bringen, dasselbe als ein untheilbares Ganze anzusehen, ein Fall, welcher bei einem Verkauf vertretbarer Sachen nicht eintritt, oder wenn der Käufer ein specielles Interesse nachzuweisen vermag, nur das Ganze anzunehmen. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht theils

L. 47 § 1 D. de minor. vig. an. (4, 4)

und insbesondere die Analogie des bei der Wandelungsklage geltenden Satzes, daß ein Käufer, wenn sich ein Theil der angekauften

Sachen als fehlerhaft ausweist, nicht sämmtliche Sachen, sondern nur den fehlerhaften Theil derselben zu redhibiren berechtigt ist, falls nicht besondere Gründe eine Trennung des Fehlerfreien von dem Fehlerhaften unzulässig machen,

L. 38 § 14 D. de aed. ed (21, 1)

und es können die für den allgemeinen Satz, daß kein Schuldner berechtigt sei, die Annahme einer theilweisen Erfüllung seiner Verbindlichkeit von dem Gläubiger zu verlangen, angeführten Stellen

(L. 13 § 8 D. 19, 1; L. 57 pr. D. 21, 1; L. 41 § 1 D. 22, 1; L. 9 C. 8, 43)

wider die Zulässigkeit obgedachter Beschränkung des Satzes nicht in Betracht kommen.

In dem vorliegenden Fall nun liegt kein Grund vor zu der Annahme einer der oben hervorgehobenen Ausnahmen. Weder bringt es die Beschaffenheit des Gegenstandes mit sich, ihn als ein untheilbares Ganze anzusehen, noch ist von dem Käufer ein specielles Interesse zeitig — weil nicht in den früheren Instanzen — vorgebracht und in ausreichender Weise geltend gemacht, welches ihn hätte berechtigen können, nur das Ganze anzunehmen.

Ueberdies war der Käufer zu dem von ihm gestellten Verlangen um deßwillen nicht befugt, weil nach

L. 21 D. de aed. ed. (21, 1)

L. 78 pr. D. de leg. II

die Regel, daß Rückzahlung unstattnehmig sei, jedenfalls dann eine Ausnahme leidet, wenn ein Theil der Schuld noch illiquide ist. Denn dann können Gläubiger und Schuldner verlangen, daß der liquide Theil resp. ausgezahlt und angenommen werde — ein Fall, welcher hier jedenfalls zutrifft.

Ob Kläger bei seiner Weigerung, den Hopfen zu empfangen, sich in gutem Glauben befunden habe, ist ohne Bedeutung. Wäre er, wie nach obiger Ausführung anzunehmen ist, zur Annahme des angebotenen Quantums verpflichtet, so schützt ihn seine Meinung, er sei dazu nicht verbunden, nicht vor den Rechtsfolgen rechtswidriger Weigerung.

LXI.

Peter Söldner dahier, Kläger u. Widerbeklagter
contra
Johann Heinrich Hitzel dahier, Beklagten u. Widerkläger.

In Folge der Bd. III. Nr. X. bereits mitgetheilten Beweisauflagen, erkannte das Stadtgericht am 4. Februar 1856:

1. daß die denominirten Zeugen mit Vorbehalt aller Einreden abzuhören seien;

2. daß der Metzgermeister H. als Sachverständiger zuzulassen sei;

3. daß der vom Kläger angetretene Impugnationsbeweis gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen für verspätet und ungenügend zu erachten sei.

Auf Appellation des Klägers erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 7. April 1856, daß die Zeugen über folgende, bereits aufgestellten Fragen ꝛc. nicht zu vernehmen seien; — daß der Metzgermeister H. als Sachverständiger nicht, — dagegen daß der vom Kläger angetretene Impugnationsbeweis zuzulassen sei. Auf Oberappellation des Beklagten stellte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 9. December 1856 in obigen Beziehungen das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder her.

151. Formalien der Appellationseinwendung gegen Zwischenbescheide, die nicht wesentlich in die Definitiv-Entscheidung eingreifen.

Das Begehren des Klägers, daß die gegenwärtige Appellation des Beklagten wegen mangelnder Angabe der Beschwerden in der Einwendungsschrift als desert zurückgewiesen werde, ist unbegründet. — Allerdings besteht die gesetzliche Vorschrift, daß die Appellations-Einwendung gegen Interlocute, die nicht wesentlich in die Definitiv-Entscheidung eingreifen, bei Vermeidung der

Desertion des Rechtsmittels eine specielle Anführung der Beschwerden enthalten soll.

Cap. 1 D. appell. in 6to (2, 15)

Clem. 5 eod. (2, 12)

cf. Monatl. Bekanntm. des O. A. G. vom October 1841.

Allein diese Vorschrift ist, ihrem ganzen Zwecke nach —, welcher darin besteht, dem Unterrichter Gelegenheit zur sofortigen Abänderung seiner eigenen Verfügung zu geben —, auf solche Zwischenbescheide nicht zu beziehen, wodurch ein Streitpunct nach vorgängiger Anhörung beider Theile zuständiger Weise entschieden worden ist, und findet im vorliegenden Falle um so weniger Anwendung, als einzelne Theile des angefochtenen Erkenntnisses, — wie z. B. die Verwerfung gewisser den Zeugen vorzulegenden Fragen und die Zurückweisung eines bestimmten Sachverständigen — allerdings geeignet sind, auf die endliche Entscheidung einen wesentlichen Einfluß zu üben. Hat aber die angegriffene Sentenz überhaupt nicht den Character eines Interlocuts, auf welches die angeführte Vorschrift Anwendung erleidet, so kann es darauf nicht ankommen, ob etwa einzelne der Beschwerden gegen solche Puncte gerichtet sind, die der vorige Richter selbst hätte abändern können oder die einen Einfluß auf das Definitiv-Urtheil zu üben nicht geeignet sind.

152. Unterlassene Beibringung von Actenabschriften bei Appellationen, denen der Suspensiveffect versagt ist.

Ebenso unbegründet ist es, wenn Beklagter verlangt, daß die Appellation des Klägers in voriger Instanz, weil dieser die Beibringung von Actenabschriften in Gemäßheit § 55 des Gesetzes vom 7. November 1848 unterlassen, für unzulässig erklärt — — — werde. Die Besorgung von Actenabschriften in den Fällen, wo der Appellation der Suspensiveffect versagt ist, bildet nicht eine Bedingung für die Annahme des Rechtsmittels, sondern wird erst dann nöthig, wenn eine deßhalbige richterliche Auflage erlassen worden ist, und selbst die Nichtbefolgung einer solchen Auflage würde nicht sofort, sondern erst nach specieller Androhung des entsprechenden Präjudizes die Desertion der Berufung zur Folge haben.

Wenn Beklagter glaubt, er könne Ersatz der für die Actenabschriften aufgewandten Kosten vom Kläger deßhalb verlangen, weil es dessen Pflicht gewesen wäre, Abschriften der jetzt in Betracht kommenden Verhandlungen in voriger Instanz vorzulegen, und wenn er dieser Pflicht nachgekommen wäre, Beklagter nicht nöthig gehabt haben würde, seinerseits nochmals Abschriften derselben Verhandlungen beizubringen, so steht dem entgegen, daß § 55 des Gesetzes vom 7. November 1848 die Besorgung der Actenabschriften dem Appellanten, dessen Appellation keine aufschiebende Wirkung hat, nicht unbedingt, sondern nur, „insofern sie zu der Entscheidung in höherer Instanz erforderlich sind," auflegt, im vorliegenden Falle aber Abschriften zur Entscheidung des Appellationsgerichts gar nicht erforderlich geworden sind.

153. Zulassung von Zeugen mit Vorbehalt aller Einreden. § 54 des Gesetzes vom 7. November 1848.

Die erste und dritte Beschwerde sind darüber erhoben, daß mehrere von dem Beklagten für die Zeugen aufgestellte Fragepuncte, welche das Stadtgericht vermöge der allgemeinen Disposition unter I. seines Erkenntnisses zugelassen hat, durch die Aussprüche unter 1 und 2 des angefochtenen Erkenntnisses verworfen worden sind. Diesen Beschwerden mußte deßhalb entsprochen werden, weil die vom Kläger in voriger Instanz über die Zulassung jener Fragepuncte erhobenen **gravamina** für unstatthaft zu erachten waren und es aus diesem Grunde bei der fraglichen Disposition des Stadtgerichts hätte belassen werden sollen. — Diese letztere enthält Nichts, als die Verfügung, daß die Zeugen- und Gegenbeweiszeugen über die bezüglichen Beweis- und Gegenbeweispuncte mit Vorbehalt aller Einreden abzuhören seien. Daß hiermit nicht nur Einwendungen gegen die Person der Zeugen, sondern auch Ausführungen gegen die Erheblichkeit der Aussagen derselben in vollem Umfange vorbehalten worden, ergibt sich aus der unter 1. der Entscheidungsgründe gebrauchten Wendung, woraus deutlich zu entnehmen steht, daß es durchaus nicht die Absicht gewesen, über die Relevanz der zugelassenen Fragepuncte in definitiver und bindender Weise sich auszusprechen. Auf ein

derartiges Erkenntniß aber findet die Bestimmung in § 54 des Gesetzes vom 7. November 1848 Anwendung, derzufolge gegen Zulassung von Zeugen mit Vorbehalt aller Einreden keine Berufung stattfindet. Diese gesetzliche Bestimmung nur auf solche Erkenntnisse zu beziehen, welche Einreden gegen die Person der Zeugen vorbehalten, nicht aber auf solche, welche die Beurtheilung der auf die Relevanz der Thatsachen, über welche Jene aussagen sollen, vorgebrachten Einwendungen einer späteren Entscheidung aufbewahren, liegt kein genügender Grund vor. Dagegen sprechen vielmehr

1. die ganz allgemein lautenden Worte „Zulassung von Zeugen mit Vorbehalt aller Einreden," welche ebensowohl den einen, wie den anderen der eben erwähnten Fälle begreifen;

2. daß ein Verständniß im Sinne dieses allgemeinen Wortlauts der unverkennbaren Tendenz des Gesetzgebers entspricht, durch Abschneidung unnöthiger Appellationen auf Verkürzung und Vereinfachung der Rechtsstreite hinzuwirken. Wenn — wie das Oberappellationsgericht dies wiederholt ausgesprochen hat —

Fr. S. Warmbrod c. Warmbrod 1829
Getz c. Bögner 1836

überhaupt durch ein Productionserkenntniß, insofern dasselbe nicht die in der zugelassenen Beweisantretung enthaltenen speciellen Thatsachen positiv und bestimmt für entscheidend erklärt hat, auch noch nicht definitiv über die Erheblichkeit des angetretenen Beweises erkannt, vielmehr die Beurtheilung der Relevanz in dem Maße vorbehalten wird, daß der Beweis noch immer demnächst als an sich unerheblich, für verfehlt erklärt werden kann, — so liegt die Versagung einer besonderen Appellation gegen Erkenntnisse der gegenwärtig in Rede stehenden Art um so mehr im Geiste jener Gesetzgebung, als durch die Berufung — bei dem derselben gesetzlich versagten Suspensiveffect — regelmäßig nicht einmal das erreicht werden würde, daß die Vernehmung der Zeugen über die als unerheblich angefochtenen Puncte unterbleibe;

3. die Bestimmungen in §§ 5 u. 7 des Gesetzes vom 23. Mai 1848. Denn wenn es nach diesen Bestimmungen ganz unmöglich ist, gegen die Zulassung solcher Fragen, die erst im Zeugenabhö-

rungstermine, auf Antrag einer Parthei, vom Richter dem Zeugen vorgelegt werden, zu appelliren, so erscheint die Versagung der Appellation gegen eine bereits vor dem Abhörungstermine verfügte, vorläufige Zulassung von Fragepuncten nur eine consequente Ausdehnung des dort bereits angenommenen Princips.

154. § 54 des Gesetzes vom 7. November 1848 ist nicht auf Sachverständige anzuwenden.

Der § 54 des Gesetzes vom 7. November 1848 spricht nur von Zeugen und einer analogen Ausdehnung der deßfallsigen Vorschrift auf Sachverständige stehen erhebliche Bedenken entgegen.

155. Sachverständige. Deren Remotion wegen Interesse an dem Ausgange des Processes.

Die gegen die ausgesprochene Verwerfung des H. als Sachverständigen gerichtete Beschwerde erscheint materiell verwerflich. Zwar steht

1. dem Appellationsgerichte darin nicht beizutreten, daß H. deßhalb als Experte in dieser Sache zu beseitigen sei, weil seiner von ihm vertretenen minderjährigen Tochter im vorliegenden Rechtsstreite vom Kläger der Streit verkündet worden. Denn wenn H. aus diesem Grunde ein Interesse am Ausgange des gegenwärtigen Processes hat, so kann dies doch nur dahin gehen, daß Kläger denselben gewinne, und seine Tochter dadurch mit den, Seitens des Klägers in Aussicht gestellten Regreßansprüchen verschont bleibe. Ein Interesse, welches den vom Gegner benannten Sachverständigen für den Producten günstig zu stimmen geeignet ist, kann aber dem Letzteren keinen Grund geben, auf Verwerfung desselben zu dringen.

cf. Bender Handb. des Frankf. Civilpr. § 53 nte. 3.

Dagegen muß allerdings

2. mit dem Appellationsgerichte in dem Umstande, daß auf der Schirne des Beklagten, für welche im gegenwärtigen Rechtsstreite eine Activ-Servitut erstritten werden soll, zu Gunsten der ebengenannten Tochter des H. ein Insatzcapital von fl. — haftet, ein hinreichender Grund gefunden werden, um denselben

als Sachverständigen im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht zuzulassen. Es ist ebenso sicher, daß — je nachdem die fragliche Servitut der Schirne des Beklagten zu- oder abgesprochen werden wird — der Werth der Hypothek ein größerer oder geringerer sein wird, als es sich im Allgemeinen nicht leugnen läßt, daß jeder Hypothekgläubiger den Werth des Pfandes lieber steigen, als sinken sehen wird. Ein gewisses Interesse, welches H. bei dem Obsieg des Beklagten im gegenwärtigen Rechtsstreite hat, läßt sich also nicht in Abrede stellen. Dieses Interesse ist allerdings, — da weder vorliegt, daß bei Bestellung der Hypothek die Existenz der fraglichen Servitut vorausgesetzt worden und diese Voraussetzung maßgebend gewesen sei, noch daß durch Aberkennung der Servitut die Hypothek dergestalt an Werth verlieren würde, daß die Deckung der Forderung für diesen Fall zweifelhaft werde, — ein sehr entferntes und vages, welches kaum geeignet sein würde, die Glaubwürdigkeit eines Zeugen in einem erheblichen Grade zu schwächen.

cf. Band I. Nr. 111.

Allein es muß dem Appellationsgerichte darin beigepflichtet werden, daß bei Sachverständigen, die leicht durch andere ersetzt werden können, auch schon ein derartiges entferntes Interesse zu deren Beseitigung hinreicht, und dies vorliegend um so mehr, als es immer auffallend bleibt, daß Beklagter in dem beiderseits mit unverkennbarer Animosität geführten Processe einen solchen Sachverständigen benannt hat, gegen den er, wenn Kläger ihn producirt hätte, gegründete Einsprache hätte erheben können, und daß er auf der Person gerade dieses Sachverständigen, trotz des Widerspruchs des Gegners, so entschieden verharrt.

156. Impugnationsbeweis gegen die vom Producenten gebrauchten Beweismittel.

Die fünfte Beschwerde, welche die verfügte Zulassung des Impugnationsbeweises gegen den beklagtischen Zeugen H. zum Gegenstande hat, erscheint ebenfalls verwerflich. Allerdings ist es

1. die Ansicht vieler Processualisten,

cf. Linde Lehrbuch § 236 nte. 4

Bayer Vorträge 7. Aufl. p. 439

daß die Beweisführung, welche die Anfechtung der Glaubwürdigkeit der vom Producenten gebrauchten Beweismittel bezweckt, einen Theil des directen Gegenbeweises bilde, und von diesem Standpuncte aus würde der fragliche Impugnationsbeweis, da er erst nach Ueberreichung der Beweiseinredeschrift angetreten worden — nach § 43 des Gesetzes vom 7. November 1848 — als verspätet zu verwerfen sein. Das Oberappellationsgericht kann indeß jene Ansicht nicht theilen, muß vielmehr einen solchen Impugnationsbeweis, der in vielen Fällen stattfinden kann, wo von einem directen Gegenbeweise gegen das thema probandum nicht die Rede ist, z. B. wenn dadurch die zum Gegenbeweise selbst bestimmten oder diejenigen Beweismittel angegriffen werden sollen, mittelst deren ein Impugnationsbeweis geführt werden soll,

cf. cap. 49 X. de test. (2, 20)

für einen selbstständigen Beweis halten, auf den die Vorschrift des § 43 cit. keine Anwendung findet. Die Frage, wie lange ein solcher Beweis zuzulassen, kann in Ermangelung einer einschlagenden gesetzlichen Bestimmung nur nach der Natur der Sache beantwortet werden und diese spricht dafür, daß in dem Falle, wo Zeugen mit Vorbehalt der Einreden gegen dieselben zugelassen sind, eine Beweisführung, die den Zweck hat, solche Einreden zu bewahrheiten, ebenso lange als das Vorbringen der Einreden selbst, also bis zum Deductionsverfahren zugelassen werden muß. Ebensowenig erscheint

2. der Einwand begründet, daß es der mittelst des fraglichen Impugnationsbeweises darzuthuenden Behauptung: der Zeuge stehe mit dem Kläger in einem gespannten und feindseligen Verhältnisse, an der erforderlichen Substantiirung fehle. Denn, wenn es auch richtig ist, daß die Existenz eines solchen Verhältnisses nur aus dessen äußeren Erscheinungen erkannt werden kann, so gehörten doch die näheren Angaben über diese letzteren nicht zur Begründung der Einrede, resp. zur Beweisantretung; deren nähere Ermittlung kann vielmehr dem Productionsverfahren überlassen bleiben.

LXII.

L. Dalton u. Comp. dahier, Kläger
contra
Mendel A. Lehmann dahier, Beklagten.

In Folge des Joh. Heinr. Eyßen'schen Concurses mußte L. Dalton u. Comp. einen Wechsel, der von Eyßen auf sie, von diesen auf Mendel A. Lehmann indossirt war, bezahlen. L. Dalton u. Comp. traten nunmehr mit einer Valuta-Klage gegen M. A. Lehmann auf und stützten dieselbe auf folgende Anführungen.

Den in Abschrift beigebrachten, von Werlé, Zitz u. Comp. in Paris auf A. F. Neumann u. Comp. in London gezogenen Wechsel von fl. —, welcher durch Blanco-Indossament in die Hände von J. H. Eyßen zu Frankfurt gekommen, behaupten sie, von vorgedachtem Eyßen eigenthümlich erworben und ihn sodann an den Beklagten verkauft („begeben") zu haben. Die für den in Folge dieses Geschäftes an den Beklagten indossirten Wechsel zu zahlende Valuta sei auf fl. — berechnet worden. Hiervon sei die Hälfte von Seiten des Beklagten berichtigt und zwar an Eyßen, welcher von ihnen, den Klägern (als Eigenthümern und Verkäufern des Wechsels), mit der Einziehung des Kaufpreises beauftragt gewesen sei; es restirten mithin noch die andere Hälfte von fl. —, welche den Gegenstand der erhobenen Klage bildeten.

Hiergegen ist beklagtischer Seits eingewendet, daß zwischen den Partheien über die Veräußerung und resp. den Erwerb des Wechsels überhaupt nicht contrahirt sei, daß insonderheit der Beklagte denselben nicht von den Klägern gekauft habe oder ihnen die Valuta desselben schuldig geworden sei. Beklagter habe den Wechsel von dessen damaligen Eigenthümer, dem genannten Eyßen, käuflich erworben, diesem die Valuta zu zahlen gehabt, selbige auch,

worauf es freilich im Verhältnisse zu den Klägern nicht ankomme, dem Eyßen wirklich theils baar, theils in Rechnung vergütet. — Die Indossirung des Wechsels von Eyßen an die Kläger und von den Letzteren auf den Beklagten sei dadurch veranlaßt worden, daß der Beklagte, welcher den ihm von Eyßen zum Kauf angebotenen Wechsel nicht auf Eyßen's alleinigen Credit hin habe nehmen wollen, eine fernere Garantirung verlangt habe, welche Eyßen durch ein Indossament der mit ihm in naher Verbindung stehenden Kläger zu bewirken sich erboten und wirklich bewirkt habe.

Das Stadtgericht erkannte am 8. October 1855: Würde die Klägerin — beweisen, daß der Beklagte den fraglichen Wechsel von ihr erkauft habe, so soll in der Hauptsache und der Kosten wegen, weiter ergehen, was Rechtens. Auf Appellation der Klägerin erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 17. December 1855, daß Klägerin mit der ihr gemachten Beweisauflage zu verschonen sei, dagegen Beklagter — zu beweisen habe, daß ihm der fragliche Wechsel von Eyßen verkauft und das Giro der Klägerin nur eine Intercession habe bewirken sollen. Auf Oberappellation des Beklagten stellte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 18. December 1856 das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder her.

157. Aus dem Indossamente kann kein Schluß auf das zu Grunde liegende Begebungsgeschäft gezogen werden.

Bei der in obiger Geschichtserzählung angegebenen Sachlage würde, da der Klaggrund geleugnet worden ist, eine Beweisauflage an die Kläger, daß sie dem Beklagten den Wechsel für fl. — verkauft haben, nothwendig sein, wenn nicht etwa in den Acten Umstände vorhanden sein sollten, welche die Kläger von der nach allgemeinen Grundsätzen ihnen obliegenden Beweispflicht befreiet erscheinen ließen.

Nun erblickt das Appellationsgericht das Vorhandensein eines solchen Umstandes darin, daß dem Beklagten der Wechsel von den Klägern indossirt worden ist. Die Urkunde — der Wechsel — spreche ihrer Form nach dafür, daß das Eigenthum des Wechsels von den Klägern (den Indossanten) auf den

Beklagten (den Indossatar) habe übertragen werden sollen; somit sei die Behauptung, das Indossament sei nur intercessionis causa geschehen, eine wahre Einrede, welche der an sich begründet erscheinenden Klage gegenüber von dem Beklagten bewiesen werden müsse.

Hierin kann indessen dem Appellationsgerichte nicht beigestimmt werden.

Die Form der vorliegenden Urkunde, das Indossament, entscheidet nämlich weder für, noch gegen die Behauptung der Kläger, daß sie den Wechsel an den Beklagten verkauft haben; ebenso wenig freilich für oder gegen die Behauptung des Beklagten, daß das Indossament der Kläger nur zum Zwecke einer Verbürgung des Wechsels auf denselben gesetzt worden sei. — Mag man, wie von den Klägern vertreten wird, mit

Einert Wechselrecht p. 137

die wesentliche Bedeutung des Indossaments in einer Wechselbürgschaft erblicken, oder mit

Thöl Wechselrecht § 232 p. 287

eine neue Tratte, oder, nach der gewöhnlichen Auffassung, eine qualificirte Cession darin finden, in keinem Falle wird hierdurch etwas über die dem Indossamente zu Grunde liegende civilis causa, nämlich über dasjenige Rechtsgeschäft zwischen dem Indossanten und dem Indossatar, in Folge dessen das Indossament stattfindet, sowie über die Verbindlichkeit zu einer Valuta-Vergütung oder dergleichen entschieden.

Contracte über einen Wechsel — darunter auch der Begebungscontract — sind keine wechselmäßigen Geschäfte. Auf sie finden die wechselrechtlichen Bestimmungen keine Anwendung und in vielen Beziehungen ist der Unterschied zwischen den wechselmäßig formellen Berechtigungen eines Wechselbetheiligten und der civilrechtlichen Stellung desselben von practischer Bedeutung. — Obschon der Indossatar eines Wechsels wechselmäßig als Eigenthümer desselben gilt und als solcher die mit dem Wechsel verbundenen Rechte in vollem Umfange nach allen Seiten hin geltend machen kann, so ist er dennoch vielleicht in der Lage z. B. als Indossatar in modum mandati oder weil er den Wechsel für einen Dritten erworben hat, seinen Indossanten oder den vorgedachten

Dritten als den civilrechtlichen Eigenthümer des Wechsels anerkennen zu müssen. — Somit haben die Ausdrücke der Wechsel-Ordnung: „der Wechsel werde durch Indossament übertragen", „selbiges übertrage Eigenthum an dem Wechsel" u. dgl.

Wechsel-Ordnung art. 9. 17. 34. 73

nur Beziehung auf die wechselmäßigen Befugnisse.

Hieraus ergibt sich, daß schon der von den Klägern für das vorliegende civilrechtliche Verhältniß geltend gemachten, und von dem Appellationsgerichte gebilligten Behauptung nicht beigetreten werden kann, daß aus der Thatsache der auf die Kläger geschehenen Indossirung des Wechsels von Seiten des vorangehenden Blanco-Indossatars Eyssen zu folgern sei, daß die weitere, von ihnen auf den Beklagten vorgenommene Indossirung auf eigenem civilrechtlichen Dispositionsrechte über den Wechsel beruhet habe; ein Umstand, welchen der Beklagte in Abrede gestellt hat.

Indessen, selbst wenn dem von Seiten des Eyssen auf die Kläger geschehenen Indossamente die Bedeutung beizulegen wäre, diese Letzteren auch für alle nicht wechselmäßigen Beziehungen als selbstberechtigte Disponenten über den Wechsel erscheinen zu lassen, so würde doch hieraus kein Schluß darauf abgeleitet werden können, daß der Beklagte von ihnen den Wechsel gekauft haben müsse. Die Uebertragung desselben hätte außer in Veranlassung eines Verkaufes auch in Folge mancher anderer Rechtsgeschäfte z. B. eines Auftrages, eines Darlehns, einer Schuldtilgung u. dgl. geschehen können, und nicht einmal das wäre nothwendiger Weise anzunehmen, daß gerade zwischen den Partheien dasjenige Geschäft geschlossen worden sei, auf dessen Grundlage und zu dessen Ausführung die Indossirung stattgefunden habe; denn auch zur Erfüllung der Verbindlichkeiten eines Dritten hätte der Wechsel von Seiten der Kläger übertragen werden können.

Somit konnte aus dem vorliegenden Indossamente kein Schluß auf das von den Klägern behauptete und ihrer Klage zu Grunde gelegte Begebungsgeschäft abgeleitet und beim beklagtischen Leugnen desselben mußte der Beweis des Klaggrundes ihnen aufgelegt werden.

LXIII.

Die Gemeinde Dortelweil, Klägerin
contra
die Bauamts-Eisenbahn-Commission dahier, Beklagte.

Bei der im Jahre 1847 geschehenen Anlage der Main-Weser-Eisenbahn führte die Bauamts-Eisenbahn-Commission diesen Schienenweg über den Massenheimer-, den Weingarten-, den Flurscheide-, den Weitgesweg. Die klagende Gemeinde, indem sie hervorhob, daß sie die geschehene Verwendung der gedachten Parcellen nur aus dem Grunde habe geschehen lassen, daß die Beklagte später die gesetzliche Verbindlichkeit der Expropriation erfülle, beantragte klagend, die Bauamts-Eisenbahn-Commission anzuhalten, entweder die Expropriationsklage anzustellen und zu bewirken, oder die gedachten Wegestrecken zurückzugeben.

Nach Verhandlung dieser Streitsache erkannte das Stadtgericht am 16. März 1853, daß Klägerin unter Verurtheilung in die Kosten mit ihrer Klage angebrachter Maßen abzuweisen sei. Auf Appellation der Klägerin und deren in zweiter Instanz beantragten Actenversendung erkannte

1. das Spruchcollegium zu Bonn am 4. August 1854, daß unter Verurtheilung der Klägerin in sämmtliche Kosten das stadtgerichtliche Erkenntniß zu bestätigen sei;

2. das Oberappellationsgericht am 12. December 1856, daß die Urtheile beider vorigen Instanzen wieder aufzuheben, und Beklagte in Betreff des Weingarten-, des Flurscheide- und des Weitgesweges schon jetzt, in Betreff des Massenheimer Weges aber auf den Fall eines der Klägerin unter Vorbehalt des Gegenbeweises obliegenden — — Beweises ihres Eigenthums an dem fraglichen Wege für schuldig zu erkennen sei, der Klägerin eine nach Maßgabe des Expropriationsgesetzes von 1847 auszumittelnde

Entschädigung zu leisten, sie wollte dann die drei, eventuell vier Wegestrecken wieder zurückgeben. In die Kosten erster Instanz wird die Beklagte zu drei Viertheilen verurtheilt, das Erkenntniß über ein Viertheil bleibt bis zum Erkenntniß über obgedachten Beweis ausgesetzt; die Kosten zweiter und dritter Instanz werden verglichen.

158. Ein rechtlich unbegründeter Antrag als zulässig erklärt wegen seiner Verbindung mit einem alternativ gestellten, rechtlich begründeten aber factisch unzuträglichen Antrage.

Der erste auf Expropriation gerichtete Antrag für sich allein und außer Verbindung mit dem zweiten Antrag kann als rechtlich begründet nicht erachtet werden. Stellt man ihn nämlich unter den Gesichtspunct einer Aufforderung zur Klage, so ist diese und somit auch die Aufforderung in Beihalt der §§ 4. 6. 17. 25 des Expropriationsgesetzes nach gegenwärtiger Lage der Umstände rechtlich unmöglich. Betrachtet man dagegen den Antrag als Klage auf Erwirkung eines die betreffende Expropriation verfügenden Senatsdecrets, so erscheint eine solche Klage schon deßhalb rechtlich unbegründet, weil der Senat nicht gezwungen werden kann, eine derartige, auf seinem freien Willen beruhende Verfügung zu erlassen. Anders dagegen mußte

1. der erste Antrag in seiner Verbindung mit dem zweiten aufgefaßt werden. Stellt sich nämlich der letzte als rechtsbegründet heraus, so war nach Analogie dessen, was bei einer alternativen Klagbitte im Falle einer hypothecarischen und einer Klage wegen Verletzung über die Hälfte angenommen zu werden pflegt, auch im vorliegenden Fall die erste Klagbitte insofern für statthaft zu erachten, als sie den Weg bezeichnet, auf welchem die aus einer Verurtheilung auf Grund der zweiten Klagbitte hervortretenden Unzuträglichkeiten sich vermeiden lassen. — — — —

2. Wäre nun, wie in Nr. 160 ausgeführt wird, der zweiten Klagbitte zu entsprechen gewesen, so mußte es gleichwohl in einem Falle der vorliegenden Art ungeeignet erscheinen, auf die Herausgabe von Grundstücktheilen, welche einer im Betrieb befindlichen Eisenbahn einverleibt sind, zu erkennen, da von der Klägerin selbst

in ihrer ersten Klagbitte der Ausweg, auf welchem die Herausgabe sich abwenden läßt, angedeutet worden ist. Es hat nämlich die Klägerin, welcher durch das Verfahren der Beklagten der Besitz der fraglichen Wegestrecken entzogen, welche mithin factisch expropriirt worden ist, ein Recht darauf, daß die für ihre etwaige Einbuße auszumittelnde Entschädigung nicht anders, als in einem nach Maßgabe des Expropriationsgesetzes einzuleitenden Verfahren festgestellt werde, insofern die Beklagte die Herausgabe der Wegestrecken abzuwenden beabsichtigt.

159. Eigenthum und Besitz einer Eisenbahn im Gegensatze zu deren Betrieb und Unterhaltung.

Es läßt sich der Ansicht der Beklagten nicht beipflichten, daß sie die unrechte Beklagte sei und vielmehr auf Grund des Staatsvertrags vom 6. Februar 1845 die betreffende Eisenbahn=Direction belangt werden müsse. Da nämlich davon auszugehen ist, daß nach Vollendung der Main=Weser=Bahn der Besitz der in Rede stehenden Wegestrecken der bisherigen Eigenthümerin entzogen oder doch bei dem Massenheimer Wege durch Belegung mit Schienen und Sperrung während des Durchgangs der Züge der freien Verfügung nach beeinträchtigt worden ist, daß mithin die Vindication oder doch die Negatorienklage angestellt worden sei, so kam es, jedenfalls für Erstere darauf an, die Besitzesfrage zu erörtern. Das Eigenthum, wie der Besitz der betreffenden Theile des Bahnkörpers im Gegensatze zum Betriebe und zu der Unterhaltung der Bahn, welche der Eisenbahn=Direction zukommen, steht aber unzweifelhaft dem betreffenden Staate zu, als dessen Vertreter in dem vorliegenden, dem Frankfurtischen Gebiete angehörigen Falle die Bauamts=Eisenbahn=Commission angesehen werden muß.

160. Art. 74 der prov. Proceßordnung. Derselbe ist nicht auf Expropriationen anzuwenden.
(Vgl. oben Nr. 87.)

Nach der Ansicht der Beklagten soll auf Grund des art. 74 der prov. Proceßordnung das Eigenthum der Klägerin an den

fraglichen Wegestrecken um deßwillen als erloschen zu betrachten sein, weil dieselbe ihre Ansprüche während des Baus der Bahn nicht geltend gemacht habe. Nun läßt sich zwar nicht in Abrede stellen, daß die Localgerichte und zwar das Stadtgericht in Sachen Fabian c. Bauamts=Eisenbahn=Commission; das Appellationsgericht in Sachen Reinhard c. Bauamts=Eisenbahn=Commission dem gedachten Artikel die erwähnte Bedeutung beilegen, indem das Appellationsgericht und ebenso die Juristenfacultät zu Halle zum Urtheil vom 4. August 1854 in Sachen Fabian c. Bauamts=Eisenbahn=Commission sogar dem, welcher während des Baues geschwiegen hat, auch den Anspruch auf Entschädigung absprechen, wie nicht minder, daß in vorliegender Sache auch die Juristenfacultät in Bonn sich für den Verlust des Eigenthums auf Grund des Schweigens während des Baues erklärt hat; und endlich, daß das Oberappellationsgericht in Sachen

Leonhard c. Bauamts=Eisenbahn=Commission 1848,

die Möglichkeit einer Anwendung des Artikels auf Eisenbahnbauten berücksichtigt hat. Es mußte jedoch der in Sachen

Fabian c. Bauamts=Eisenbahn=Commission 1856

bereits angedeuteten Auffassung der Vorzug gegeben und die gänzliche Unanwendbarkeit des art. 74 auf Eisenbahnbauten ausgesprochen werden. Zwar nicht

1. um deßwillen, weil die Quelle dieses Artikels die Reformation 8, 9 § 13 und das Baustatut cap. 9 § 9 auf Bauten im Gebiete der freien Stadt Frankfurt, wie in Betreff des achten Theils der Reform. von dem Oberappellationsgerichte

in S. v. Lersner c. Gemeinde Niedererlenbach 1844

erkannt worden ist, keine Anwendung finde. Denn diese ist in Betreff der in Rede stehenden Vorschrift durch deren Aufnahme in die für das gesammte Gebiet der freien Stadt Frankfurt geltende Proceßordnung außer Zweifel gestellt worden. Ebensowenig

2. aus dem Grunde, weil das ganze Eigenthum der fraglichen Wegestrecken und nicht bloß ein Theil desselben durch die Bahn occupirt sei. Denn eine derartige Beschränkung der Vorschrift würde sich aus den Worten des Gesetzes nicht ableiten lassen, und

überdies wegen Unsicherheit der Grenze practisch wenig brauchbar sein. Dagegen mußte es

3. schon für sehr gewagt gehalten werden, die Vorschrift auf Bauten der vorliegenden Art anzuwenden, da die Worte des Gesetzes „Abbrechens halber" darauf hindeuten, daß bei dessen Erlaß nur an Hochbauten gedacht worden ist, und es bedenklich erscheinen muß, eine so anomale Vorschrift irgendwie auszudehnen. Es wird jedoch durch diesen Grund, in Berücksichtigung, daß auch ein Theil des Weitgesweges zur Bahnhofstation Dortelweil gezogen worden ist, das Verlangen der Klägerin vielleicht nicht gänzlich gerechtfertigt. Entscheidend für solches ist

4. der Umstand, daß der in Rede stehende Artikel auf Entäußerungsfälle, nach deren eigenthümlicher Natur, überall nicht angewendet werden kann. Denn er bezeichnet den Verlust des Rechts als Folge des Schweigens, er nimmt also einen Verzicht auf das wegen Verletzung des Eigenthums durch den Bau ihm erwachsene Widerspruchsrecht zur Grundlage seiner Verfügung. An einer derartigen Grundlage fehlt es aber gänzlich in einem Falle, wo das Eigenthum abgetreten werden muß. Denn hier ist jeder Gedanke an einen freiwilligen Verzicht auf das ganze Recht gerade durch den bevorstehenden Zwang, es aufzugeben, ausgeschlossen und nur ein Verzicht auf die wegen ohne vorgängige Entschädigung unternommener, also verfrühter Geltendmachung der Entäußerung stattfindenden Ansprüche denkbar, welcher seinem Umfange, wie Gegenstande nach von jenem völlig verschieden ist. — Daß aber die Klägerin von der Ansicht ausgehen durfte, es müsse ihr für die fraglichen Wegestrecken eine Entschädigung zu Theil werden, ergibt sich daraus, daß dieselben von der Eisenbahnlinie betroffen wurden und Klägerin durch einen zeitigen während des Baues eingelegten Widerspruch zwar im Stande war, denselben zu verzögern, also bei der Möglichkeit der Expropriation kein Mittel hatte, die Vollendung des Baues gänzlich zu verhindern.

LXIV.

Hieronymus Buhl et ux. dahier, Kläger
contra
Carl Friedrich Künstler u. Wilhelm Jacob Kalbfleisch dahier, Beklagte.

Die Buhl'schen Eheleute verkauften an C. F. Künstler u. W. J. Kalbfleisch eine Liegenschaft um die Summe von fl. —. Der Kaufpreis sollte bezahlt werden am 1. December 1855

1. durch Uebernahme der auf der Liegenschaft bereits haftenden Insatzschuld von fl. —;

2. durch Constituirung des Restes zu einer Ueberbesserungshypothek im Betrage von fl. —.

Die Kläger klagen, den Beklagten aufzugeben, den Kaufhandel zu vollziehen, bei Vermeidung, daß die Liegenschaft auf Gefahr und Kosten der Beklagten versteigert werden solle, unter Vorbehalt ihrer Schadensansprüche. Die Beklagten opponiren, daß sie aus dem Grunde von dem Kaufe zurücktreten müßten, weil außer der oben angegebenen hypothecarischen Schuld weitere Lasten an gerichtlichen Pfändungen und Zinsenrückständen auf der fraglichen Liegenschaft hafteten.

Das Stadtgericht verurtheilte am 19. Februar 1856 die Beklagten, unter Ersatz der Streitkosten, binnen 14 Tagen den bedungenen Hauptkaufbrief gemeinschaftlich mit den Klägern zu errichten und den abgeschlossenen Kauf zu vollziehen, bei Vermeidung, daß die erkaufte Liegenschaft auf ihre Gefahr und Kosten öffentlich versteigert werde und sie, die Beklagten, zur Vergütung des etwaigen Minderwerths schuldig erkannt werden. Auf Appellation der Beklagten wurde unter Verurtheilung derselben in die Kosten vom Appellationsgerichte am 30. April 1856 das stadtgerichtliche Urtheil bestätigt, während unter Compensa-

tion von ¼ und Verurtheilung der Beklagten in ¾ der Kosten zweiter und dritter Instanz das Oberappellationsgericht am 29. December 1856 das vom Stadtgerichte angedrohte Präjudiz dahin abänderte, daß bei fortgesetzter Weigerung der Beklagten denselben zum Zwecke des Vollzugs des vorliegenden Kaufgeschäftes ein curator ad hoc zu ernennen sein werde.

161. Kauf. Lasten, vor dem Vollzug des Kaufes von dem Verkäufer auf das Kaufobject gelegt, begründen nur eine dilatorische Einrede.

Die Beklagten haben ihre Principalbeschwerde, daß nicht statt condemnatorisch absolutorisch gesprochen worden sei, durch folgendes Argument zu rechtfertigen gesucht; sie haben geltend gemacht, daß auf den in Rede stehenden Liegenschaften schon zur Zeit der Unterzeichnung des Interimskaufbriefs zwei, von den Klägern damals nicht angezeigte Nachtungen von fl. —, resp. mit 5 Proc. Zinsen und Kosten gehaftet hätten, daß ferner noch nach dem vorgedachten Zeitpuncte eine neue Nachtung von fl. — nebst 5 Proc. Zinsen auf die Liegenschaften gelegt worden sei; daß endlich die Kläger mit einigen Zinsen auf das in den Liegenschaften versicherte Insatzcapital von fl. — in Rückstand sich befänden. Mit Bezugnahme auf diese Umstände und unter Berufung darauf, daß sie den Ueberschuß des auf fl. — festgestellten Kaufpreises über das vorgedachte Insatzcapital von fl. —, also den Belauf von fl. — nach § 3 des Interimskaufbriefes frühestens nach drei Jahren sollten auszahlen und bis dahin nur mit 4 Procent verzinsen müssen, haben sie behauptet, daß sie den Hauptkaufbrief zu vollziehen nicht verpflichtet erscheinen könnten, da sie in Folge dessen in die Lage kommen würden, jene Nachtungsbeträge und den Belauf der rückständigen Zinsen auf das Anfordern der Nachtungs- und resp. Insatz-Gläubiger schon vor dem Ablaufe des dreijährigen Zeitraumes auszuzahlen, resp. mit 5 Procent — statt nach dem im Uebrigen vereinbarten Zinsfuße von 4 Procent — zu verzinsen.

Nun hat es freilich seine Richtigkeit, daß die Beklagten nicht verbunden sein würden, die Liegenschaften mit einer anderen hypothecarischen Last als den bereits auf selbigen haftenden fl. — Insatzschulden und einer mit 4 Procent verzinslichen ferneren

Schuld von fl. — sich übertragen zu lassen, so daß sie es also hätten ablehnen dürfen, auf die erwähnten fl. — die sofort exigibeln und resp. mit 5 Procent verzinslichen Nachtungen von zusammen fl. —, ferner die, wenn vorhanden, ebenfalls jederzeit von den Hypothecarien einzufordernden Zinsenrückstände zu übernehmen, allein eine solche Uebernahme ist klägerischerseits ihnen gar nicht zugemuthet worden. Die Kläger haben vielmehr sowohl vor dem Processe, als in demselben sich erboten, vor der Vollziehung des Kaufgeschäftes die Tilgung der Nachtungen und die Beseitigung der etwaigen Zinsenrückstände zu bewirken.

Nun kann es dahingestellt bleiben, ob dies nothwendiger Weise schon vor der Vollziehung des Hauptkaufbriefs hätte zur Ausführung gebracht werden müssen und nicht früh genug bis zur Tradition, resp. Transscription hätte geschehen können, denn jedenfalls würden die Beklagten nur berechtigt gewesen sein, eine dilatorische Einwendung auf Grund des von ihnen Angeführten vorzuschützen, nicht aber, wie sie versucht haben, sich deßhalb gänzlich vom Handel loszusagen. Und da nun die drei Nachtungen schon im Laufe des Processes getilgt worden sind, mithin der hierauf bezügliche Ablehnungsgrund seine völlige Erledigung gefunden hat, in Betreff der Zinsenrückstände aber es an einer näheren Substantiirung fehlt, übrigens auch in gewissem Umfange das Verhaftetsein der verkauften Grundstücke für die Zinsen der Insatzschulden, da dieselben jeweilig laufen, unvermeidlich ist, folglich eine deßfallsige Regulirung zur Zeit des schließlichen Uebergangs der Liegenschaften stattfinden muß, so erscheint der hier in Betracht gezogene Weigerungsgrund der Beklagten hinfällig.

162. Mündliche Nebenabreden zu schriftlich abgeschlossenem Vertrage. Deren Allgemeinheit.
(cf. Bd. II. Nr. 198.)

Wenn die Beklagten sich eventuell beschweren, daß ihnen nicht wenigstens der Beweis nachgelassen worden sei, daß die Kläger ihnen die Zusage gethan und die Garantie geleistet hätten, die Insatzgläubiger würden ihnen die Capitalien stehen lassen, — — so steht — — abgesehen davon, daß die Beklagten eine separate,

außerhalb des Kaufbriefes ertheilte Zusage gar nicht behauptet haben, — — den Beklagten die Allgemeinheit der von ihnen vorgebrachten Angabe entgegen. Es ist nicht wohl denkbar, daß ein Verkäufer eine Zusicherung der fraglichen Art für alle Folgezeit — also der Zeit nach unlimitirt — ertheilen werde, und die Beklagten haben eine solche Zusage denn auch nicht behauptet. Allein ebensowenig haben sie angegeben, in welcher anderen minderen Ausdehnung die klägerische Zusage ertheilt sein solle, und mithin muß das hier in Betracht gezogene Vorbringen auch aus diesem Grunde für ungenügend, um eine Beweisnachlassung zu motiviren, angesehen werden.

163. Executionsmittel gegen den in mora accipiendi befindlichen Käufer.

Anlangend die eventuelle Beschwerde, daß ihnen die Vollziehung des Hauptkaufbriefes unter dem Präjudiz des öffentlichen Verkaufes zur Pflicht gemacht worden sei, so entspricht es zuvörderst der dermaligen Sachlage überhaupt nicht, den Beklagten schon jetzt materielle Executionsmaßregeln anzudrohen. Hierzu würde erst dann Veranlassung vorhanden sein, wenn die Kläger ihre Bereitschaft außer Zweifel gestellt hätten, diejenigen Leistungen zu beschaffen, deren Erfüllung ihnen nach Vollziehung des Hauptkaufbriefs obgelegen hätte, insbesondere die Tradition und Transscription der Liegenschaften nach Maßgabe der contractlichen Bestimmungen in Ausführung zu bringen. Abgesehen aber hiervon würde sich die Befugung der Kläger zum öffentlichen Verkaufe der in Rede stehenden Grundstücke, wenigstens ohne Weiteres, nicht rechtfertigen lassen, wie denn insbesondere die vom Stadtgerichte angezogene nur von Zwangsverkäufen abseiten der Hypothecarien handelnde Bestimmung des art. 14 der Verordnung vom 8. Juli 1817 auf Fälle von Privatverkäufen über Grundstücke keine analogische Anwendung leidet. — Gegen den in mora accipiendi befindlichen Käufer ist, wo nicht besondere gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Normen die sofortige Autorisation des Verkäufers zum öffentlichen Verkauf gestatten, auf dem gewöhnlichen Executionswege zu verfahren und nur in fernerer Eventualität kann unter Umständen die vorgedachte Maßregel gerechtfertigt erscheinen.

Für jetzt würde das nächstliegende und an sich ausreichende Präjudiz dasjenige sein, daß bei fernerer beharrlicher Weigerung der Beklagten, der in Rede stehenden Verbindlichkeit zu entsprechen, angenommen werde, der Hauptkaufbrief sei in Gemäßheit der getroffenen Verabredung vollzogen. Da indessen die Beklagten (eventuell) beantragt haben, die Bestellung eines curator ad hoc, um an ihrer Stelle zu handeln, für den gedachten Fall stattfinden zu lassen, und da nach dem Zeugnisse

Benders Handbuch des Frankf. Privatr. p. 381

diese Maßregel in der Frankfurter Praxis nicht ungewöhnlich ist, konnte kein Bedenken dabei gefunden werden, das Präjudiz demgemäß zu bestimmen.

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1857.

LXV.

Louise Dörr aus Trendelenburg, Klägerin u. Widerbeklagte
contra
C. M. Witzenberger dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Das Oberappellationsgericht restituirte am 10. Januar 1857 die Klägerin gegen Versäumung der Einführungsfrist ihrer wider das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 11. August 1856 eingewandten Appellation.

LXVI.

Victor Robert Johann von Nepomuck Daniel Hertz dahier, Kläger
contra
Ludwig Mayer Maas dahier, Beklagten.

V. J. R. von Nepom. Dan. Hertz klagte gegen L. M. Maas den Betrag von fl. — ein, die letzterer dem Erblasser des Klägers Moses Isaac Hertz aus verschiedenen Geschäften in den Jahren 1830 — 1834 schuldig geworden sei und verlangte Zinsen seit dem Jahre 1833. Der Beklagte behauptete, daß er seiner Zeit dem verstorbenen M. J. Hertz für die eingeklagte Forderung Wechsel und zwar eigene Wechsel ausgestellt und hiermit die Forderung getilgt habe. Das Stadtgericht erkannte am 4. Juli 1855: — — —

II. Beklagter ist schuldig, die eingeklagte Forderung mit fl. —

nebst Zinsen zu 5% vom Tage der Klagbehändigung — — zu bezahlen.

IV. Kläger wird mit seiner auf fl. — berechneten Forderung für Verzugszinsen abgewiesen. Dieses Urtheil wurde auf beiderseitige Appellation unter Vergleichung der Kosten vom Appellationsgerichte am 17. September 1855 und auf beklagtische Oberappellation und klägerische Adhäsion unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 10. Januar 1857 bestätigt.

164. Nach der Wechselordnung von 1739 bleibt durch Ausstellung eines eigenen Wechsels das demselben zu Grunde liegende Schuldverhältniß unberührt.

Nachdem der Kläger aus einem von ihm behaupteten constitutum debiti proprii, welches von Seiten des Beklagten im Verhältnisse zu dem verstorbenen klägerischen Erblasser Moses Isaac Hertz über einen aus Staatspapiergeschäften dem Letzteren um das Jahr 1830 geschuldeten Betrag von fl — eingegangen worden sei, geklagt hatte, hat der Beklagte freilich nicht geleugnet, jenen Belauf damals schuldig gewesen oder geworden zu sein, indessen in Abrede gestellt, daß ein constitutum stattgefunden habe. Nicht ein Geschäft der letzten Art sei zwischen ihm und dem verstorbenen Hertz vollzogen worden, sondern er, Beklagter, habe demselben eigene Wechsel zu denjenigen Beträgen und mit den Verfallzeiten ausgestellt, welche der Kläger jetzt als dem constitutum angehörig gewesen bezeichnet. Der Beklagte hat auf dieses Vorbringen die Einrede der Tilgung der ursprünglichen Schuld gestützt, indem die Ausstellung eines eigenen Wechsels über eine Schuld eine novatio privativa in Betreff der letzteren bewirke und der Schuldner, resp. Wechsel-Aussteller nur noch aus dem Wechselrechte in Anspruch genommen werden könne.

Der Kläger hat diesen Anführungen des Beklagten, soweit sie die Wechsel-Ausstellung betrafen, keinen Widerspruch entgegengesetzt; andererseits hat der Beklagte es im ferneren Verfahren geschehen lassen, daß man von dem ursprünglichen Klagfundamente seines Gegners — dem constitutum debiti proprii — abgesehen

und die Entscheidung der Sache davon, und zwar nur davon abhängig gemacht worden ist, ob durch die Ausstellung der eigenen Wechsel eine Tilgung der in Rede stehenden Schuld bewirkt worden sei.

Ueber diese Frage allein war demzufolge der Sachlage nach — — in gegenwärtiger Instanz zu entscheiden.

Wäre es hierbei auf das derzeit geltende Recht angekommen, so hätte die Beantwortung der in Rede stehenden Frage als eine sehr zweifelhafte angesehen werden müssen, da über dieselbe und über den Einfluß, welchen die neue Wechselordnung auf dieselbe ausübt, die Ansichten der Schriftsteller und die Aussprüche angesehener Gerichtshöfe sehr getheilt sind. — Allein eines Eingehens auf diesen Punct bedurfte es nicht, weil die Wirkung, welche die im Jahre 1830 — oder etwas später — stattgehabte Ausstellung der in Rede stehenden, in den Jahren 1833 und 1834 verfallenen Wechsel auf die derselben zu Grunde liegende Schuld ausgeübt hat, selbstverständlich nur nach dem damals zu Frankfurt in Gültigkeit gewesenen Rechte beurtheilt werden kann.

Ueber dies letztere besteht nun in Betreff des in Rede stehenden Punctes keine Ungewißheit. Der art. 46 der damals geltenden Wechsel- und Merkantil-Ordnung von 1739 schreibt nämlich vor, daß eigene Wechsel freilich Jahr und Tag nach Verfall das Wechselrecht verlieren, nach diesem Zeitpuncte aber vorläufig als Schuldscheine gelten und diese Rechte fünf Jahre behalten sollen, worauf denn „solche veraltete und inzwischen nicht erneuerte Wechselbriefe ganz erloschen und nicht mehr exigibel sein sollten." Nach einer naheliegenden, übrigens auch von den Schriftstellern über Frankfurter Recht übereinstimmend anerkannten Interpretation dieser Bestimmung liegt derselben die Auffassung zu Grunde, daß das den eigenen Wechseln als causa debendi dienende Geschäft durch die Wechselausstellung nicht erlösche, vielmehr ungeachtet derselben fortbestehe, so daß selbst die als Wechsel nicht mehr brauchbare Urkunde noch eine Zeitlang als Beweismittel für die außerhalb des Wechsels bestehende Schuld benutzt werden dürfe. Daß diese letztere — die frühere causa cambii — durch die Wechselausstellung

getilgt werde, ist somit nicht nur nicht, sondern das Gegentheil durch den cit. art. 46 gesagt.

Vgl. Souchay Anm. zu der Fr. Wechselges. 1845 p. 101
Span Frankf. W. O. § 116
Schulin Bemerkungen zur W. O. p. 58
Bender Handbuch des Frankf. Privatr. p. 854,

bei welchem letzteren Schriftsteller auch des Umstandes Erwähnung gethan ist, daß bei Gelegenheit der im Jahr 1844 vorgenommenen Revision der älteren Wechsel-Ordnung die Auslegung des art. 46 derselben in dem oben angegebenen Sinne als die richtige von der Gesetzgebung behandelt worden ist.

165. Rechtskraft. Adhäsion.

Anlangend die klägerische Adhäsion, so hat dieselbe den Zweck, den von beiden vorigen Instanzen verworfenen Antrag des Klägers auf Verurtheilung des Beklagten in die Zinsen der eingeklagten Beträge seit dem Eintritte ihrer Fälligkeit der Urtheilsfällung des Oberappellationsgerichts zu unterziehen. Dies mußte indessen als unstatthaft bezeichnet werden. Nachdem schon das Stadtgericht den vorgedachten Zinsenpunct einer separaten Behandlung unterzogen hatte (in den Motiven unter 5, im Decisum unter IV.), hat der Kläger wegen desselben seinerseits eine besondere Appellation an die zweite Instanz gerichtet, und das Appellationsgericht hat über diesen Gegenstand in einem ebenfalls abgesonderten Theile seines Erkenntnisses gesprochen. Somit liegt die Unzulässigkeit der Adhäsion nach dem §. 135 der Gerichts-Ordnung klar vor.

166. Kostenerstattung.

Auf den Kostenpunct konnten übrigens die Adhäsion und deren Unstatthaftigkeit, da durch erstere keine eigens in Betracht kommende Vermehrung der Kosten herbeigeführt worden ist, keinen Einfluß üben.

LXVII.

Gottfried Klett dahier, Impetrant
contra
die Carl Aug. Heinr. Lachmann'schen Testaments- vollstrecker zu Hamburg, Impetraten.

G. Klett, als Cessionar der Frau Court, begründete den Gerichtsstand des Arrestes wegen einer Legatenforderung der Cedentin an den C. A. H. Lachmann'schen Nachlaß. Das Stadtgericht erkannte am 31. Januar 1855 den beantragten Realarrest. Gegen diese Arrestanlage appellirten die Beklagten, während die Verhandlungen in der Hauptsache weiter gingen. Auf Antrag von Actenversendung von Seiten der Impetraten in zweiter Instanz wurde unter Verurtheilung in die Kosten das Erkenntniß bestätigt vom

Spruchcollegium zu München am 25. April 1856
Oberappellationsgerichte am 13. Januar 1857.

167. Begründung des Gerichtsstands des Arrestes wegen einer Legatenforderung. Locus regit actum.

Die Impetraten haben den von dem Stadtgericht angelegten Arrest mit Unrecht angefochten, denn ihre Behauptung, der in art. 51. der prov. Proceßordnung normirte Arrest von Frankfurtischen Bürgern und Angesessenen wider Fremde habe nur Handelsschulden zum Gegenstande, wird durch die allgemeine Fassung des art. widerlegt und es ist kein Grund vorhanden, die Vorschriften des art. 50. zu einer einschränkenden Erklärung des art. 51. zu benutzen. — — — — Es kommt Alles darauf an, ob die Erfordernisse des art. 51 vorhanden sind. Letzteres mußte angenommen werden. Es ist nämlich

1. die Forderung des Impetranten durch das Codicill vom 25. September vorläufig ausreichend bescheinigt. Seine Form ist

nach dem Rechte von Frankfurt, wo es errichtet ward, zu beurtheilen. War es im Testamente bestätigt, so bedurfte es der Zuziehung von Zeugen, nach Ref. IV. 12 §. 5, überall nicht, wenn unbestätigt, nach Ref. l. c. §. 4, nur dreier Zeugen. Auch letztere Form ist beobachtet.

Vergl. L. 27 D. qui test. facere poss. (28, 1)

— — — Ergeben sich nun auch die Personen der Erben aus ꝛc. — —, so fragt es sich ferner

2. ob die Klage eines Vermächtnißnehmers aus dem Testamente schon vor dem Antritt der Erbschaft, sowie ob sie gegen die Testamentsvollstrecker angestellt werden könne. Beide Fragen sind nach dem Rechte des Orts, wo die Erbschaft eröffnet ward, zu beurtheilen, also nach dem Rechte des Wohnorts des Erblassers. Dieser war, wie das Stadtgericht II. und das Niedergericht zu Hamburg mit Recht übereinstimmend angenommen haben, Hamburg, und Frankfurt nur sein zeitiger Aufenthaltsort. Es fragt sich also nur, ob der Richter zu Frankfurt das Recht von Hamburg ohne Weiteres anwenden durfte, wenn es ihm bekannt war, sowie, welches Recht zu Hamburg in den gedachten Beziehungen gilt. Die erste Frage war unbedenklich zu bejahen und in Betreff der letzteren ist die Befugniß der Testamentsvollstrecker zu Rechtsstreiten mit Vermächtnißnehmern ebenso unbestritten,

Baumeister Hamb. Privatr. Bd. 2 § 113 p. 282 Nr. IV.

wie der Umstand, daß es zur Uebertragung der in der Erbmasse enthaltenen Vermögensrechte nach Abzug der Schulden in Hamburg keiner Antretung bedarf, von Letzteren aber der Erbe sich persönlich nur dadurch befreien kann, daß er binnen 6 Wochen seit Kunde des Todes die Erbschaft ausschlägt oder mit der Rechtswohlthat des Inventars antreten zu wollen erklärt.

Baumeister l. c. § 125 p. 376 — 384.

3. Der Einwand, daß die Cession nur stattgefunden habe, um in Frankfurt den Gerichtsstand des Arrestes zu begründen, erledigt sich durch die Bemerkung, daß solches völlig erlaubt sei.

Bd. II. Nr. 166.

Dagegen würde

4. die Einrede der Beklagten, daß die Cession simulirt sei,

welche, wie das Oberappellationsgericht schon mehrfach erkannt hat, ohne weitere Substantiirung Berücksichtigung finden müsse, auch gegenwärtig solche gefunden haben, wenn sie in einer dem Erforderniß der Liquidität im Arrestverfahren entsprechenden Weise bescheinigt worden wäre. So sehr aber auch die Zeit, zu welcher die Cession erfolgte, die Creditirung des Kaufpreises und der Inhalt der Forderung auf eine Simulation hinweisen, für ausreichend konnte dieses Alles nicht erachtet werden, um auf Grund hiervon den Arrest aufzuheben. Dieses durfte auch schließlich

5. nicht um deßwillen geschehen, weil die Bescheinigung der Forderung mittelst des Codicilles durch die in der Production des Contractes vom 8. December 1840 mit der Punctation vom 14. August 1852 liegenden Gegenbescheinigung aufgehoben sei, da es unangemessen gewesen wäre über die Hauptfrage ohne vorgängige vollständige Erörterung derselben zu entscheiden.

LXVIII.

Gottfried Klett dahier, Kläger

contra

die C. A. H. Lachmann'schen Testamentsexecutoren zu Hamburg, Beklagte.

Die Hauptverhandlungen des vorigen Rechtsfalles hatten das Ergebniß, daß das Stadtgericht am 3. December 1855 ohne in die Hauptsache weiter einzugehen, auf Grund der von den Beklagten vorgeschützten Einreden der unrecht gewählten Beklagten und der verfrühten Klage (nämlich daß die Testamentsexecutoren wegen Legatansprüche nicht Rede zu stehen hätten und die Erben nur insoweit sie die Erbschaft angetreten hätten, was bisher nicht der Fall gewesen sei, auf Herausgabe des Legats belangt werden könnten,) den Kläger unter Aufhebung des verfügten Realarrestes mit der Klage ange=

brachter Maßen abwies und in die Kosten verurtheilte. Auf beiderseitige Appellation ging das Appellationsgericht auf die weiter vorgeschützten peremtorischen Einreden (nämlich daß das fragliche Legat nur bedingungsweise vermacht worden und die Bedingungen nicht eingetreten seien) ein, wies die Klägerin definitiv mit ihrer Klage ab und verurtheilte dieselbe in die durch den eingeleiteten Arrest zugefügten Schäden praevia liquidatione, in die Kosten der ersten Instanz ganz und in die Hälfte der Kosten zweiter Instanz. Dieses Urtheil wurde auf Oberappellation des Klägers, unter Verurtheilung desselben in die Kosten und unter Verfällung des Klägers und dessen Anwaltes wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels in eine Geldstrafe, vom Oberappellationsgericht am 13. Januar 1857 bestätigt.

168. Befugniß des Oberrichters, verhandelte Streitpuncte, über die der Unterrichter noch nicht entschieden hat, zu entscheiden.
(cf. Bd. II. Nr. 225.)

Kläger hält das vorige Erkenntniß um deßwillen für nichtig, weil dasselbe die materielle Hauptfrage entschieden habe, ohne daß solche zuvor Gegenstand der Beurtheilung in erster Instanz gewesen wäre, und verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde, daß sich der zweite Richter auf eine Beurtheilung der Fälligkeit des Anspruchs, sowie des Mangels der Passivlegitimation beschränke und die Entscheidung über die Hauptsache an die erste Instanz zurückgewiesen werde. Es ist aber ein vom Oberappellationsgerichte durchgängig befolgter Rechtssatz, daß der Richter einer folgenden Instanz über in den Acten bereits verhandelte Streitpuncte, welche nicht Gegenstand der Beurtheilung in einer der früheren Instanzen gewesen sind, zu entscheiden berechtigt ist, insofern seine Entscheidung kein ungünstigeres Ergebniß zur Folge hat, als dasjenige ist, was bereits in dem angefochtenen Urtheile ausgesprochen wurde. Selbst die letztere Beschränkung fällt aber dann hinweg, wenn der Gegner selbstständig ein Rechtsmittel ergriffen und mittelst desselben eine weitergehende Entscheidung beantragt hat. Dieser Fall liegt hier vor.

169. Schäden eines Arrestes. Rechtskräftig entschiedene Kosten.

Es versteht sich von selbst, daß unter den Schäden des Arrestverfahrens nicht diejenigen Kosten begriffen sind, über welche in dem deßfallsigen Verfahren rechtskräftig erkannt ist.

LXIX.

J. A. van der Laat zu Merxem in Belgien, Kläger

contra

Johann Christoph Weißer dahier, Beklagten.

Beklagter hatte rechtskräftig zu beweisen, daß er mit dem klägerischen Reisenden Simon hinsichtlich der in [2] act. verzeichneten Waarensendung eine Uebereinkunft dahin getroffen habe, daß er eine beliebige Quantität dieser Seide färben lassen solle und daß er, wenn sich die Probe nicht richtig färbe, die ganze Sendung zur Disposition stellen dürfe. Auf geführten Zeugenbeweis ererkannte das Stadtgericht am 20. October 1854 auf den Erfüllungseid des Beklagten. Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Klägers unter dessen Verurtheilung zum Kostenersatze bestätigt vom

Appellationsgerichte am 11. Juni 1855,
Oberappellationsgerichte am 15. Januar 1857.

170. Comtoirbediente als Zeugen.

Als Comptoirbedienten des Beklagten sind die beiden Beweiszeugen nicht unzulässige, sondern nur verdächtige Zeugen.

Fr. S. Franck c. Goll u. Söhne 1839
Jäger c. Samuel 1849
Ansell c. Womersley u. Burt 1850 (Bd. II. p. 424)
Goldschmidt c. Freege u. Comp. 1853.

Der Grad der Verdächtigkeit bestimmt sich nach den concreten

Umständen und kann vorliegend, wo es sich nicht um ein von dem Commis, sondern um ein von dem Chef selbst abgeschlossenes Geschäft handelt, als ein besonders hoher nicht angesehen werden. Die Behauptung des Klägers, beide Zeugen seien deßhalb besonders verdächtig, weil sie, als Söhne mittelloser Eltern, von dem guten Willen des Beklagten abhängen und N. insbesondere, als gewesener Lehrling desselben, zu seinem Fortkommen dessen Geneigtheit bedürfe, welcher Behauptung der Beklagte widersprochen hat, kann schon wegen gänzlichem Mangel einer Bescheinigung derselben keinen Einfluß auf die Beurtheilung der vorliegenden Sache üben.

171. Unglaubwürdige Zeugen.

Bei der Gegenbeweisführung — — — handelt es sich nur um die Aussage des Gegenbeweiszeugen S. diese steht ihrem Inhalte nach allerdings mit den Aussagen der Beweiszeugen in directem Widerspruche, allein sie darf der Person des Zeugen wegen gar nicht berücksichtigt werden. Es kann

1. ganz davon abgesehen werden, ob und resp. in welchem Maße, S. deßhalb als verdächtiger Zeuge zu betrachten sei, weil es sich um die Modalitäten eines Geschäftes handelt, welches er als Reisender des verkaufenden Hauses mit dem Beklagten abgeschlossen hat. Der Zeuge erscheint jedenfalls

2. schon deßhalb als eine im höchsten Grade unglaubwürdige Person, weil er — wegen Geldschwindeleien (nombreuses escroqueries) eine zweimonatliche, resp. einjährige Gefängnißstrafe erlitten hat, also wiederholt Vergehen sich hat zu Schulden kommen lassen, die — wenn auch die Bestimmung in Reform. I. 33 § 12 darauf nicht anzuwenden sein sollte, doch jedenfalls die Wahrheitsliebe des Zeugen in einem äußerst bedenklichen Lichte erscheinen lassen. Es kommt aber hinzu, daß

3. nach der eigenen Angabe des Zeugen, dessen Ehefrau zur Zeit des in Rede stehenden Geschäfts Theilhaberin des verkaufenden Hauses gewesen ist, die jetzt eingeklagte Forderung also mit erworben hat, während dafür, daß sie in Beziehung auf dieselbe jetzt nicht mehr betheiligt sei, kein Beweis vorliegt. — — — —

Zwar führt der Zeuge selbst an: Kläger habe von seiner (des Zeugen) Frau das Geschäft um eine Pauschsumme übernommen, so daß dieselbe von dem Ausgange des Rechtsstreites weder etwas zu hoffen, noch zu fürchten habe. Allein diese Angabe kann bei der Persönlichkeit des Zeugen und dem unverkennbaren Interesse, welches er dabei hat, eine etwa noch bestehende Betheiligung seiner Ehefrau zu verleugnen, nicht dazu dienen, den aus dem hier erörterten Verhältnisse zu entnehmenden Grund für seine Unglaubwürdigkeit zu beseitigen.

172. Neues Vorbringen in der Appellationsinstanz. Dessen Formalien. Der Impugnationsbeweis verlangt eine alsbaldige Angabe der Beweismittel.

Kläger hat nun noch in gegenwärtiger Instanz, als eine jetzt erst aufgefundene, die Einrede gegen den Zeugen G. vorgebracht, daß derselbe einen Antheil am Gewinne des Geschäfts des Beklagten habe, und beantragt eine Ergänzung der Zeugenvernehmung in dieser Richtung vorzunehmen, auch ihm (dem Kläger) den Beweis der angeführten Thatsache nachzulassen. — An der Erheblichkeit dieses neuen Vorbringens ist nicht zu zweifeln, da, wenn G. wirklich einen Antheil an dem Geschäftsgewinne des Beklagten und somit von dem Ausgange des gegenwärtigen Processes einen Vortheil, resp. Nachtheil zu erwarten hätte, dessen Zeugniß zu Gunsten des Beklagten ganz außer Betracht bleiben müßte, und dann nicht mehr so viel für den Letzteren übrig bleiben würde, um die Nachlassung des Erfüllungseides zu rechtfertigen. Auch würde den Umständen nach schon der vom Anwalt des Klägers anerbotene Eid eine genügende Bescheinigung dafür, daß dieser Umstand erst jetzt zur Kunde der klägerischen Seite gekommen, liefern. Dagegen muß das neue Vorbringen aus folgenden Gründen verworfen werden.

Der Antrag auf Vernehmung des Zeugen selbst über die jetzt gegen ihn vorgebrachte Einrede erscheint, da Zeuge bereits eidlich versichert hat, daß er „irgend einen Nutzen oder Schaden von dem Ausgange des gegenwärtigen Rechtsstreits nicht zu erwarten habe," unstatthaft. Abgesehen hiervon aber hat Kläger die ihm zu Ge-

bote stehenden und zum Zwecke der Bewahrheitung jener neuen Einrede zu benutzenden Beweismittel nicht angegeben, sondern nur gebeten, ihm Beweis über dieselbe nachzulassen. Nun ist allerdings an und für sich die Zulassung eines neuen Vorbringens beim Oberappellationsgerichte nach § 130 der Oberappellationsgerichts-Ordnung durch eine alsbald damit verbundene Bescheinigung oder Beweisantretung nicht bedingt. Wenn jedoch die Sache in erster Instanz in der Lage war, daß das betreffende Vorbringen dort nur in Verbindung mit einer sofortigen Angabe der Beweismittel Eingang finden konnte, so rechtfertigt es sich nach den Worten „wenn — — — sonst kein Rechtsgrund entgegensteht" des cit. § der Oberappellationsgerichts-Ordnung, daß auch für die höchste Instanz die gleiche Anforderung gestellt werde. Nun aber war in der That, nachdem die Zeugen abgehört und Termin zur mündlichen Schlußverhandlung anberaumt worden, die Sache beim Stadtgerichte in die Lage gekommen, daß Kläger mit dem nackten Vorschützen einer bis dahin noch nicht vorliegenden Einrede gegen die abgehörten Zeugen nicht mehr gehört werden konnte, sondern zum Wenigsten eine sofortige Beweisantretung damit verbinden mußte. Das Oberappellationsgericht hat schon früher vom Standpunct des gemeinen Rechts aus dahin sich ausgesprochen, daß über die gegen einen Zeugen vorgebrachten Einreden spätestens in der Impugnationsschrift Beweis angetreten werden müßte. (s. oben Nr. 156.) In Frankfurt gestattete schon die Proceßordnung vom November 1676 für das Deductionsverfahren beim Zeugenbeweise jedem Theile nur einen Schriftsatz. Es konnte also auch hier eine jetzt erst vorzubringende Einrede gegen den Zeugen nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie sofort liquid gestellt oder wenigstens die Beweismittel für dieselben angegeben waren. Vollends aber würde es der unverkennbaren Tendenz der neueren Proceßgesetze,

Ges. v. 23. Mai 1848 § 8 (VIII. p. 256)

„ „ 7. November 1848 § 44 u. 48 (VIII. p. 291)

welche in der Regel nach Abhörung der Zeugen nur ein mündliches Deductionsverfahren, — ja bei den Justizämtern nicht einmal ein solches — zulassen, widersprechen, wenn man dem Producten

gestatten wollte, nunmehr noch durch bloßes Vorschützen einer Einrede ein ordentliches Beweisverfahren zu provociren. — Durfte solchergestalt aber die jetzt in Rede stehende Einrede, selbst wenn sie noch vor dem Actenschlusse vorgebracht worden wäre, ohne gleichzeitige Beweisantretung keine Berücksichtigung finden, so kann sie dies selbstverständlich noch weniger in der dermaligen Sachlage, wo sie als eine neu aufgefundene erst nach der Schlußverhandlung vorgeschützt war.

LXX.

Wilhelm Helmrich zu Wiesbaden, Kläger

contra

Christian Ritter aus Butzbach, dermalen dahier, Beklagten.

Carl Cramer bekundete, daß er ein Restguthaben für Waaren an Christian Ritter durch Reinemer empfangen habe; Reinemer cedirte dieses Forderungsrecht an Wilh. Helmrich. Dieser letztere klagt nun auf Zahlung des fraglichen Restguthabens. Der Beklagte greift die Rechtsbeständigkeit der ersten Cession an, opponirt die Einrede, daß Carl Cramer zur Zeit der Cession in Concurs gewesen sei, bestreitet, daß Cramer obige Cessionsurkunde unterschrieben habe und daß er überhaupt von Cramer die in der Klage verzeichneten Waaren erkauft habe und dafür den Rest von fl. — schulde.

Das Stadtgericht erkannte am 14. März 1856:

a. Kläger hat zu beweisen, daß die Unterschrift des Carl Cramer in Anl. A. ächt sei;

b. der Beklagte hat zu beweisen, entweder daß Carl Cramer am 15. August 1853 in Concurs befangen gewesen sei, oder daß er (der Beklagte) die eingeklagte Forderung an Cramer bezahlt habe.

Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Beklagten unter dessen Verurtheilung in die Kosten bestätigt vom

Appellationsgerichte am 26. Mai 1856,

Oberappellationsgerichte am 29. Januar 1857.

173. Die Cession einer Forderung folgt aus dem die Uebertragung bezweckenden Rechtsgeschäft von selbst.

Die Beschwerde des Beklagten, mittelst welcher er die Abweisung der erhobenen Klage — — beantragt, wird darauf gestützt, daß die angebliche Forderung Cramer's an den Beklagten auf Reinemer nicht übergegangen sei und war ungegründet. Die Cession einer Forderung ist die Rechtsfolge eines die Uebertragung bezweckenden Rechtsgeschäfts, in den meisten Fällen eines Kaufes. Hat also ein solcher stattgefunden und ist derselbe bewiesen, so folgt daraus die Cession der Forderung von selbst. Wenn nun Cramer in der in Rede stehenden Urkunde bekundet, daß Reinemer den Betrag der Rechnung bezahlt habe und dieser sonach Gläubiger des Ritter sei, so lässen sich die gedachten von einer rechtsunerfahrenen Person herrührenden Worte so deuten, als wenn derselbe gesagt hätte, Reinemer habe ihm die gedachte Forderung abgekauft. Zwar ließen sich die ersten Worte für sich allein auch von einer Zahlung verstehen, welcher nicht gerade ein Kaufgeschäft zur Basis gedient haben müßte, indem sie z. B. von einer Zahlung auf Grund einer Geschäftsführung für den Schuldner oder einer Schenkung zu dessen Gunsten reden könnte. Alsdann aber wären die Schlußworte, daß Reinemer sonach Gläubiger des Ritter sei, in dem Munde des ursprünglichen Gläubigers eine nichts bedeutende Erklärung, da Reinemer, insofern er als Geschäftsführer des Schuldners gezahlt haben sollte, wenn überhaupt, dessen Gläubiger geworden wäre ohne den Willen, mithin auch ohne die Erklärung des ursprünglichen Gläubigers. Die Schlußworte dürfen aber nicht als bedeutungslos angesehen werden und finden ihre ungezwungene Erklärung darin, daß Cramer die Absicht gehabt habe, den Reinemer für den Betrag der gezahlten Summe zum Inhaber der Forderung zu machen, d. h. ihm dieselbe zu verkaufen. Ueberdies würde, insofern man Bedenken tragen sollte, dem Docu-

mente zufolge den Kauf als Titel der übertragenen Forderung anzusehen, aus den Schlußworten des Documentes sich die Absicht des ursprünglichen Gläubigers entnehmen lassen, daß Reinemer an seiner Stelle die Forderung geltend machen dürfe, also eine Cession. Liegt aber diese vor, so bedarf es, wie von dem Oberappellationsgericht wiederholt erkannt ist (vgl. oben Nr. 112) zu deren Geltendmachung von Seiten des Cessionars keiner Angabe der der Cession zu Grunde liegenden causa.

174. Art. 34 der prov. Proceßordnung bei einer Klage aus einer Rechnung.

Das Oberappellationsgericht hat zu wiederholten Malen sich dahin ausgesprochen, die Strafe des Eingeständnisses trete in Frankfurt nach Art. 34 der prov. Proceßordnung ein, wenn bei einer Klage aus einer Rechnung nur generaliter lis negative contestirt werde, sobald nur constire, daß unter den Partheien überhaupt ein derartiges Geschäftsverhältniß stattgefunden habe; nicht minder, daß die Beantwortung des gegnerischen Vorganges, wenn die Strafe des Eingeständnisses vermieden werden solle, in dem Maße bestimmt sein müsse, wie es §. 37 des J. R. A. vorschreibe, namentlich müsse daher auch angegeben sein, wie sich die Sache anders verhalte. — Gegen beide Vorschriften ist in dem vorliegenden Falle gefehlt worden.

LXXI.

Der Curator der Carl Philipp Scheidel'schen Nachlaß-Debitmasse dahier, Kläger u. Widerbeklagter contra Oberhofgerichtsrath Dr. Zentner in Mannheim, Beklagten u. Widerkläger.

Joseph Banchero hatte bei Joseph Schneider im Jahr 1830 ein Lotterie-Loos gespielt, auf das ein Hauptgewinn fiel. Die J. Banchero'schen Erben klagten im Jahr 1847 durch ihren

Generalbevollmächtigten Dr. Zentner gegen Schneider und erlangten im Jahr 1853, daß Beklagter rechtskräftig verurtheilt wurde, den Klägern den fraglichen Gewinn mit fl. — nebst Verzugszinsen zu 5 % vom 16. August 1830 an zu zahlen und allen Schaden, sowie die Proceßkosten zu erstatten.

Bevor die Banchero'schen Erben obigen Rechtsstreit begonnen hatten, entschlossen sie sich (im Jahr 1844), den Karl Philipp Scheidel für seine Bemühungen wegen Ausfolgung des Lotteriegewinnes gleich einen der sechs Stammerben an dem Gewinn Antheil nehmen zu lassen, so daß ihm nach Beendigung der Sache der siebente Theil zukommen solle. Im Jahr 1845 cedirten die Banchero'schen Erben ihre Ansprüche an dem fraglichen Lotteriegewinn ihrem Bevollmächtigten Dr. Zentner, wogegen dieser folgende Verbindlichkeiten übernahm:

1. die Angelegenheit gegen Schneider auf seine Kosten eifrigst zu betreiben;

2. im Falle eines glücklichen Erfolges (d. h. wenn das zu Erlangende mehr beträgt, als fl. 2800 nach Abrechnung der Kosten, wozu auch Scheidel's Guthaben gehört) jedem der sechs Erbstollen fl. 400 baar sogleich nach Erledigung der Sache auszuzahlen, sowie auch

3. in die gegen Scheidel von den Erben übernommene Verbindlichkeit einzustehen.

Anbei wurde festgesetzt, der etwaige Mehrbetrag verbleibt für Kosten und Bemühungen dem Unternehmer. Tritt obiger Erfolg nicht ein, so fällt den Erben die ganze Summe zu nach Vorabzug der Kosten; in welchem Falle selbstverständlich Dr. Zentner nicht für die Befriedigung des Scheidel zu sorgen hat.

Der Curator der Scheidel'schen Nachlaß-Debitmasse klagt nun gegen Dr. Zentner auf Rechnungsstellung über die in dem Banchero-Schneider'schen Processe erlangte Summe und Ausantwortung des siebenten Theils derselben. Der Beklagte will nur fl. 400 geben und macht widerklagend einige Beträge geltend, die Scheidel als Vorschuß bereits empfangen habe.

Das Stadtgericht erkannte am 10. April 1854: Beklagter ist schuldig, über die von Schneider bezogenen und etwa noch zu

beziehenden Beträge Rechnung zu stellen, wobei er berechtigt ist, von dem dem Kläger gebührenden Betrage abzuziehen:

1. den auf den Kläger fallenden 7ten Theil der auf den Rechtsstreit gegen Schneider verwendeten Kosten;

2. die Summe von fl. 510 und

3. die Zinsen aus fl. 510 zu 5 % seit dem 25. April 1831, es könnte denn Kläger beweisen, daß die Handlung Mack-Wiegel u. Keutzer dem Scheidel diese Zinsen erlassen habe.

Auf Appellation und beantragte Actenversendung von Seiten des Beklagten und Adhäsion des Klägers erkannte unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten das Spruchcollegium zu München am 30. April 1856 bestätigend, nur daß die Zinsen aus den fl. 510 den Betrag des Capitals nicht übersteigen dürften. Auf Oberappellation des Beklagten wurde unter dessen Verurtheilung zum Kostenersatze dies Urtheil vom Oberappellationsgericht am 31. Januar 1857 dahin geändert, daß die durch die Adhäsion des Wiederbeklagten in voriger Instanz erwachsenen Kosten zu vergleichen seien.

175. Auslegung der Verträge.

Das Verlangen des Beklagten, den Kläger von der vollständigen Theilnahme an dem Erlöse aus dem mit Schneider geführten Rechtsstreit auszuschließen, ist abhängig von dem Sinne der im Jahr 1844 von Banchero's Erben dem Scheidel ausgestellten Reverse. Ausgemacht ist, wie die Gründe zum vorigen Urtheil bereits ausreichend entwickelt haben *), daß durch solche Reverse dem Scheidel kein vertragsmäßiges Erbrecht in den Nachlaß von Banchero in Ansehung der fraglichen Forderung hat ein-

*) Faßt man die Personen in's Auge, die den vorliegenden Vertrag schlossen, so kann darin unmöglich ein Erbvertrag oder Erbeinsetzungsvertrag als Grundlage einer in rem actio erkannt werden.
Beseler Erbvertr. Th. II. p. 207. 291
Bluntschly D. Privatr. § 194.
Auch läßt die Bestimmung: Scheidel solle für seine Bemühung nach Beendigung des Geschäfts gleich einem der sechs Miterben an dem Gewinnste Antheil nehmen, deutlich ersehen, daß hier

geräumt werden sollen, sondern nur ein obligatorisches Recht wider die Erben. Es fragt sich also nur, geht dessen Inhalt auf den Betrag, welchen die Erben aus dem Gewinn=Loos ihres Erblassers beziehen werden, oder auf den Betrag, welchen sie beziehen können, mit anderen Worten ist den Erben eine Verfügung über den Inhalt ihrer Forderung an Schneider nur unter Vorbehalt der vollständigen Rechte Scheidels an dem Gesammterlös gestattet, oder muß dieser den Willen der Erben über deren endliche Bezüge gegen sich gelten lassen. War das Erste beabsichtigt, so hat Scheidel ein Recht auf die Thätigkeit der Erben, sowie ein Recht auf Zuziehung bei einer jeden Handlung, durch welche über den Inhalt des Streitgegenstandes endlich verfügt wird, insofern eine solche Handlung ihm präjudiciren soll; wenn Letzteres, so ist Scheidel's Recht durch die Willkür der Miterben bedingt. Der Anlaß zur Ausstellung der Reverse ist kein sicherer Anhaltspunct für die Erforschung der Willensmeinung der Paciscenten. Ob die Erben das größere oder das geringere Recht einräumen sollten, hing nur ab von der nicht aufzuklärenden Bedeutung, welche sie Scheidel's Hülfe für die Beitreibung der Forderung beimessen mochten. Die Regel, daß im Zweifel der geringere Umfang der Forderung anzunehmen sei, ist rein subsidiär; überdies es zweifelhaft, ob Scheidel, welcher seine Mittheilungen an die Vollziehung der Reverse von Seiten sämmtlicher Miterben geknüpft hat, sich mit einer Zusicherung werde zufrieden gestellt haben, welche ihn der Willkür der Miterben preis gab. Die Worte der Zusicherung selbst endlich sprechen für die Ansicht, daß Scheidel das umfassendere Recht habe eingeräumt werden sollen. Denn wenn man Jemanden, gleich einem Miterben an einer Forderung der Masse (dem Gewinnst) Theil nehmen lassen zu wollen verspricht oder wenn man ihn für den Fall, daß es zur Auszahlung der Forderung kommen sollte, unter die Zahl der Miterben aufnimmt, so erklärt man dadurch, nicht der Form, aber der endlichen Wirkung nach das Gleiche, wie

---

ein gegenseitiger Vertrag vorliege und zwar ein sogenannter Innominatcontract. Hieraus konnte natürlich nur ein persönlicher Anspruch auf Ueberlassung des vertragsmäßigen Antheils entspringen, keineswegs aber ein dingliches Recht, wie Kläger behaupten will.

wenn man ihm die betreffende Quote der durch den Obsieg bedingten Forderung abträte; der Mitpaciscent erhält nicht dem Dritten gegenüber, wohl aber im Verhältniß zu den Miterben mit diesen gleiche Rechte, er kann sie zwingen, das Geschäft zu Ende zu führen oder ihm dessen Führung zu überlassen, und dann zu theilen, er ist an keine Verfügung der Erben über den Inhalt der Forderung gebunden, zu der er nicht eingewilligt hat. Für diese dem Wortsinne entnommene Auffassung, an welche man sich zu halten hat, so lange nicht nachgewiesen ist, daß beide Contrahenten dem Vertrage einen anderen Sinn beigemessen haben, kommt es nicht in Betracht, daß bei der entgegengesetzten Scheidel hätte in die Lage kommen können, von seinen Vorschüssen noch herausgeben zu müssen. Eben so wenig kann es gegen diese Auffassung mit Erfolg geltend gemacht werden, daß ihr zufolge der eine Paciscent möglicher Weise in die Lage versetzt wird, an seinem eigenen Vermögen eine Einbuße zu erleiden. Denn in diese Lage kann Jeder kommen, welcher Anderen Entschädigung zu leisten hat in Bezug auf Forderungen, über welche er nicht allein disponiren darf, sobald er solches ohne die gehörige Umsicht gethan hat.

176. Commissionär. Verzinsung von dessen Auslagen. Verzicht auf diese Zinsen.

Die Ausführung des Beklagten, der dem Kläger in Betreff der Zinsen von fl. 510 nachgelassene Beweis sei bedeutungslos, weil Mack-Wiegel u. Keutzer als Bevollmächtigte Banchero's diesem die Zinsforderung erworben hätten und daher nicht befugt sein würden, diese Forderung zu erlassen, kann so wenig getheilt werden, wie die Auffassung des Klägers, das Zinsversprechen sei Mack, nicht Banchero geleistet und keine Uebertragung des Versprechens auf diese behauptet. Die Abschlagszahlung von fl. 510 an Scheidel auf künftig zu empfangende Provision fällt unter den Gesichtspunct einer von dem gedachten Handlungshause für seinen Committenten gemachten Auslage, für welche dem Committenten seit dem Tage der Zahlung Zinsen in Rechnung gebracht werden konnten. Wenn nun Mack-Wiegel u. Keutzer für jene Abschlagszahlungen Zinsen bedungen, so handelten sie damit vorsorglich im Interesse ihres Committenten, der ihnen

Zinsen zu zahlen hatte, um Solchen vor Schaden zu bewahren. Darauf aber, ihm eine selbstständige Obligation zu erwerben, war ihre Absicht nicht gerichtet, sondern nur darauf, daß Scheidel die Zinsen vergüte, welche sie von Banchero fordern konnten. Sie waren daher auch völlig berechtigt, jene Zinsen dem Scheidel zu erlassen, so lange sie dieselben von Banchero, resp. dessen Erben nicht empfangen haben, was — — bis jetzt nicht stattgefunden hat. Jede rechtsbeständige Erklärung von Mack-Wiegel u. Keutzer, durch welche sie dem Scheidel gegenüber sich verpflichtet haben sollten, keine Zinsen von dem Vorschuß zu fordern, hat also die Folge, daß das gedachte Haus von Banchero's Erben die betreffenden Zinsen zu fordern unberechtigt sein wird, und mithin auch die, daß gedachte Erben solche gegen Scheidel's Nachlaß geltend zu machen unberechtigt sind.

177. Usurae ultra alterum tantum. Ausnahmen.

Die Beschränkung der Zinsforderung bis zum Belaufe des Capitals beruht bei vertragsmäßigen Zinsen auf unzweifelhafter gesetzlicher Vorschrift, und der Fall, in welchem das Oberappellationsgericht in neuester Zeit (oben Nr. 81) eine Ausnahme zugelassen hat, liegt hier nicht vor. Auch kann in dem gegenwärtigen Falle eine Ausnahme

1. nicht um deßwillen gemacht werden, weil die Scheidel'sche Nachlaßmasse in der von Schneider auszuzahlenden Summe an Zinsen Theil nehmen, welche die Höhe des Capitals übersteigen. Denn die Natur beider Zinsenansprüche ist verschieden, und was für die eine rechtskräftig festgestellt ist, gilt darum nicht ohne Weiteres für die andere. Es kann aber auch

2. selbst von einer theilweisen Aufrechnung nicht die Rede sein. So lange die Forderung der Banchero'schen Erben an Schneider überhaupt nicht rechtskräftig feststand, war die Möglichkeit einer Compensation ausgeschlossen. Mit dem Moment, wo diese Feststellung eintrat, hatte Scheidel ein Recht auf $1/7$ des Gesammt-Provenues — aber nicht an Schneider, sondern an Banchero's Erben — an Jenen also erst nach vorgängiger etwaiger Cession. Es läßt sich daher nicht seine Forderung von

$^1/_7$tel auf die Zeit zurückdatiren, wo der Vorschuß gegeben wurde und Schneider das Gewinnloos an Banchero bereits schuldig geworden war und daher auch ebensowenig von dem Vorschuß der betreffende Theil in dem Moment der gleichzeitigen Fälligkeit beider Forderungstheile in Aufrechnung bringen, dergestalt, daß auch die Zinsen dieser Forderungstheile nunmehr hinwegfielen und der Zeitpunct, in welchem die Zinsen des Vorschusses die Höhe des Capitals erreichten, etwas verspätet wurde. Vielmehr steht fest, daß zu der Zeit, wo die Forderung gegen Schneider rechtskräftig entschieden ward und die Möglichkeit einer Cession des Antheils von Scheidel's Nachlaß gegeben war, die etwaigen Zinsen des Vorschusses bereits die Höhe des Capitals erreicht hatten, und um deßwillen ihr Lauf bereits sistirt war.

LXXII.

Henriette Philippine Boser dahier, Klägerin
contra
die Erben der Johann Philipp Roth'schen Eheleute dahier, Beklagte.

Klägerin stellte gegen die durch Kirchenbuchauszug legitimirten vier Kinder der verstorbenen Joh. Phil. Roth'schen Eheleute am 22. Mai 1855 eine Insatzklage an. Nach der abgelaufenen sechswöchentlichen Zahlungsfrist rief Klägerin um Versteigerung des Pfandobjects an, während gleichzeitig drei der Beklagten anzeigten, daß sie an demselben Tage auf den elternlichen Nachlaß verzichtet hätten und deßhalb die Einrede der fehlenden Passivlegitimation vorschützten. In Folge dieser Einrede wies das Stadtgericht am 10. September 1855 die Klägerin mit der erhobenen Klage gegen diese drei Erben angebrachter Maßen ab unter Verurtheilung in die Kosten und hielt die Klage nur gegen die vierte Beklagte aufrecht. Auf Appellation der Klägerin erkannte das Appellationsgericht am 12. December 1855, daß die Beklagte unter Verurtheilung in die Kosten erster Instanz und

Compensation der Kosten zweiter Instanz mit ihrer verspäteten Einrede abzuweisen und die Verfügungen des Abschn. 2 des stadtgerichtlichen Erkenntnisses auf sämmtliche Beklagte zu erstrecken sei. Auf Oberappellation dieser drei Beklagten erkannte unter Verurtheilung derselben in die Kosten das Oberappellationsgericht am 23. Febr. 1857, daß die Appellation zu verwerfen sei.

178. Im Insatzproceß hat der Insatzdebitor keine Rechtsmittel. Zahlungsbefehl im Insatzproceß. Dessen Verhältniß zu der persönlichen Haftbarkeit des Insatzschuldners.

Die Vorschrift in art. 5 der Verordnung vom 8. Juni 1817 über die Ausklage der Hypotheken, derzufolge in allen Insatzausklagen keine Appellation stattfindet, bezieht sich, wie aus der Bezugnahme auf die Stadtreformation Th. I. tit. 43 § 8

cf. Orth Anmerk. 4te Forts. p. 906

sich ergibt und auch vom Oberappellationsgericht früher erkannt worden ist, (s. Bender Hdb. d. Fr. Civilpr. § 88 Anm. 15) nur auf die Berufung des beklagten Theil, für diesen ist aber das Verbot der Appellation ein allgemeines, den ganzen Insatzproceß begreifendes, welches auch dann Anwendung erleiden muß, wenn, wie dies vorliegend geschehen, auf statthafte Appellation des klagenden Theils, mithin zuständigerweise, das Appellationsgericht das einschlagende Erkenntniß erlassen hat. Hiergegen kann die Betrachtung, daß durch ein solches nur den einen Theil beschränkendes Verbot die processualische Gleichheit der Partheien in auffallendem Maße verletzt wird, schon deßhalb nicht von entscheidendem Einflusse sein, weil eine processualische Begünstigung des Insatzgläubigers im Interesse des Realcredits offenbar in der Absicht des Gesetzes liegt, einer zu eingreifenden Verletzung des beklagten Theils aber dadurch vorgebeugt ist, daß, wie dies vom Oberappellationsgerichte wiederholt ausgesprochen worden,

Fr. S. Fay c. Faber 1830

Reinach c. de Bary 1843

durch den im Insatzproceß ergehenden Zahlungsbefehl, resp. Versteigerungsauftrag der Frage, ob der Beklagte persönlich für die qu. Schuld aufzukommen habe, nicht präjudicirt wird.

LXXIII.

Commercial-Bank in London, Klägerin
contra
Anton M. Kulp dahier, Beklagten.

Der in diesem Bande Nr. XIII. (p. 80) mitgetheilte Rechtsfall hatte in seiner Hauptsache folgende Grundlage. Der Kläger überreichte zur Begründung seiner Wechselklage 11 Original-Wechselaccepte (Anlagen 2—12 zur Klage), welche zwischen dem 9. März und 1. Juli 1854 fällig von der Firma Halle u. Kulp, deren Theilhaber Beklagter war, auf verschiedene Personen gezogen waren. Sämmtliche Wechsel seien Mangels Zahlung protestirt worden, bei den ersten 10 Wechseln sei jedoch der Protest nicht förmlich in einem Acte aufgenommen, sondern nur notirt worden, wie die den Wechseln angehängten Noten des protestirenden Notars auswiesen. Diese Noten enthalten die gedruckte Firma des Notars, den Grund der Nichtzahlung (not within, gone away, no orders) und die Notariatsgebühr. Der Wechsel 11 war mit einem förmlichen Proteste versehen, den A. R. Cutbill (nach den Behauptungen der Klage: Geschäftsführer der Klägerin) veranlaßt hatte.

Die Klage wurde ferner gestützt darauf, daß Beklagter bei dem Stadtgericht ein Güterabtretungsgesuch eingereicht habe, in welchem die eingeklagten Wechsel aufgeführt seien.

Die Einwendungen des Beklagten betreffen:

1. die Legitimation der Commercial-Bank;
2. die Form der Proteste;
3. die Legitimation zur Protestlevirung;
4. die Verjährung;
5. die Versäumung der Benachrichtigung von der Protestirung der Wechsel an die Trassanten;

6. Beklagter habe keine Valuta für den Wechsel erhalten;

7. der Wechsel (Anlage 2 zur Klage) sei bezahlt worden.

Das Stadtgericht wies am 8. December 1854 auf Grund der Verjährungseinrede die Klägerin unter Verurtheilung in die Kosten mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe.

Auf Appellation der Klägerin, in dritter Instanz auf beiderseitige Oberappellation, und von Seiten des Beklagten beantragte Actenversendung erkannte

I. das Spruchcollegium zu Jena für das Appellationsgericht am 19. October 1855, daß unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Urtheils

1. Kläger schuldig sei, binnen Monatsfrist zu Recht zu bescheinigen:

a. daß nach englischem Rechte anonyme Gesellschaften auch ohne besondere Autorisation durch ihre Directoren klagend vor Gericht aufzutreten befugt seien;

b. daß nach englischem Rechte die Wechselregreßklage aus inländischen Wechseln in sechs Jahren verjähre; rc. rc.

2. Beklagter habe in derselben Frist zu bescheinigen, (daß nach englischem Rechte die Nichtbenachrichtigung der Regreßpflichtigen den Wechsel selbst präjudicire);

die Kosten erster Instanz werden ausgesetzt, die der zweiten compensirt;

II. das Spruchcollegium zu Göttingen für das Oberappellationsgericht am 31. Januar 1857 unter Compensation der Kosten sämmtlicher drei Instanzen:

1. daß die Wechsel Anlage 5. 6. 8—12 der Klage angebrachter Maßen abzuweisen seien;

2. daß der Beklagte den Betrag der Wechsel 2—4 u. 7 binnen 24 Stunden sammt Zinsen, jedoch unter Abweisung der Protestspesen, an den Kläger zu zahlen habe, resp. daß Beklagter für den Fall, daß er die Einrede der Zahlung im ordentlichen Processe weiter ausführen und beweisen wolle, den Betrag des Wechsels 2 gerichtlich zu deponiren habe.

179. Legitimation. Fähigkeit zum Wechselverkehr. Fähigkeit vor Gericht aufzutreten. Bevollmächtigung des Anwalts im Wechselprocesse.

In Betreff des Legitimationspunctes — — ist das, was der Beklagte der Klägerin selber, also der Commercial-Bank bestreitet und wofür er einen besonderen Beweis abseiten der Klägerin, nämlich den Nachweis einer Parlaments-Acte verlangt,

1. die Fähigkeit zum Wechselverkehre,

2. die persona standi in judicio,

3. die Fähigkeit des Auftretens als moralische Person.

Außerdem bestreitet er

4. den Directoren der Commercial-Bank die Fähigkeit, einen Anwalt für die Commercial-Bank zu bevollmächtigen.

Was nun zunächst

ad 1. Die der Commercial-Bank bestrittene Fähigkeit zum Wechselverkehre betrifft, so kommt hier nur die Fähigkeit derselben, eine Wechselforderung zu erwerben, also die Fähigkeit, Wechselgläubiger zu sein, in Betracht. Der Beklagte behauptet, ohne daß dies von der Klägerin bestritten worden ist, daß die Commercial-Bank ein anonymes Privatinstitut, eine anonyme Gesellschaft sei, worunter er eine mehr als sechs Theilnehmer zählende Gesellschaft versteht. Von dem bloßen Erwerb einer Wechselforderung ist auch eine mehr als sechs Theilnehmer zählende Gesellschaft nicht ausgeschlossen, ohne daß sie zu diesem Zwecke einer Parlaments-Acte bedürfte, und es kommt daher alles dasjenige hier gar nicht in Betracht, was die Frage betrifft, ob und unter welchen Voraussetzungen und Einschränkungen einer Corporation oder Gesellschaft und insbesondere einem Banketablissement gestattet ist, Geld aufzunehmen (to borrow, owe, take up money) und dagegen verpflichtende Papiere (notes and bills) auszugeben (to make, accept, indorse or negotiate); daher denn auch die Verweisung des Beklagten auf

Chitty treatise on bills of exchange 1827 p. 15; ed. 9. 1840 p. 15—17,

welcher diese Frage erörtert, hier gar nicht zutrifft.

Mag auch die Klägerin im Ausgeben von Noten und Wechseln beschränkt sein, so ist sie es doch nicht in dem reinen Erwerbe von Wechselforderungen, wenn, wie hier, nichts weiter als dieser Erwerb in Betracht kommt. — Zwar gehört das Discontiren von Wechseln zu den Bankgeschäften, allein wenn auch nicht das ganze Bankgeschäft im vollsten Umfange, so ist doch das Discontiren von Wechseln durch

7 Geo. 4 c. 46 § 3

einer jeden Gesellschaft, auch wenn sie die Zahl von sechs Personen überschreitet, freigegeben, ohne daß eine Parlaments-Acte erforderlich ist.

Chitty and Hulme treatise on bills of exchange ed. 9. 1840. p. 64.

Leone Levi commercial law vol. I. 1850. p. 161.

Ad 2 und 3. Wenn der Beklagte ferner einwendet, daß der Commercial-Bank die persona standi in judicio fehle, so ist es klar, daß er damit nicht den einzelnen Gesellschaftern die Fähigkeit, ihre Forderungen gerichtlich geltend zu machen, bestreiren, sondern daß er damit dasselbe sagen will, was er auch so ausdrückt, daß die Klägerin als moralische Person auftrete, was sie, ohne eine Parlaments-Acte nachzuweisen, nicht dürfe. Es kommt der Einwand also darauf hinaus, daß die unter dem Namen der Commercial Bank of London vereinigten Gesellschafter die Forderung, welche sie unter dem Gebrauche dieses Namens erworben haben, nicht unter dem bloßen Gebrauche dieses Namens einklagen dürfen, weil sie dann als moralische Person, als Corporation auftreten und dieses nicht anders, als auf Grund einer Parlaments-Acte geschehen dürfe. Dieser Einwand ist aber unbegründet.

Denn er betrifft die Form der Klage. Wenn es aber feststeht, daß den Gesellschaftern die Wechselforderung zusteht, so ist die Frage, in welcher Form sie diese Forderung klagend in Frankfurt geltend machen können, eine Frage des Frankfurter Rechts. Nach diesem, nämlich in diesem Puncte dem gemeinen Rechte, hat es aber kein Bedenken, daß die Actiengesellschaft in dieser Form, nämlich lediglich unter

der Firma der Gesellschaft gerichtlich auftreten kann. Wenngleich die in dieser Form abgefaßte Klage den Schein erregt, als trete die Commercial=Bank als moralische Person, als eine Corporation auf, so folgt doch daraus nicht, daß sie nun auch die Voraussetzungen einer Corporation nachweisen müsse. Der Nachweisung einer Parlaments=Acte bedarf es also nicht. Ein Weiteres als diesen Nachweis hat der Beklagte nicht verlangt und damit erledigt sich auch die Frage, ob er nicht wenigstens die Namhaftmachung der Gesellschafter, aller oder einzelner, habe verlangen können. Ein solches Verlangen hat er nicht einmal eventuell gestellt und es ist auch nicht das geringste Interesse desselben an einer solchen Namhaftmachung ersichtlich, indem, abgesehen von der Legitimation des klägerischen Anwalts, welche hernach zu erörtern ist, seinem Interesse vollkommen genügt ist, wenn, nachdem die Gesellschafter unter demselben Namen geklagt, unter welchem sie contrahirt haben, und ihnen unter diesem Namen die eingeklagte Forderung zugesprochen worden ist, späterhin zum Empfange der Zahlung solche Personen oder eine solche Person von den Gesellschaftern legitimirt werden, daß seine Zahlung als eine gültige Zahlung an die Commercial Bank of London, nämlich an die unter diesem Namen berechtigt gewordenen Gesellschafter, ihn von seiner Schuld gegen diese Personen befreiet. Die Klägerin durfte die Klage auf denselben Namen stellen, auf welchen contrahirt war und dann abwarten, ob der Beklagte eine Namhaftmachung verlangen werde, was nicht geschehen ist*).

*) Die zweite Instanz sprach sich dahin aus: die Frage, ob anonyme Gesellschaften die persona standi in judicio haben, kann nur nach einem bestimmten positiven Rechte entschieden werden. Daß aber bei einer Collision mehrerer Rechte dieser Entscheidung das Recht des Domicils der Gesellschaft zu Grunde gelegt werden muß, kann nicht bezweifelt werden; denn es handelt sich darum, ob ein von der Gesammtheit der Gesellschafter verschiedenes Rechtssubject, welches ohne die Beziehung auf die Gesellschafter die Rechte der Gesellschaft als ihm zuständig gerichtlich geltend machen kann, überhaupt entstanden sei. Dieses Rechtssubject kann nur entstanden sein, wenn die zu seiner Entstehung nach dem Rechte des Domicils der Gesellschaft erforderlichen Bedingungen erfüllt sind; es muß

Ad 4. Wenn der Beklagte endlich die Nachweisung einer Parlaments-Acte deßhalb verlangt, weil ohne eine solche die Directoren, welche die in der Anl. 1 der Klage enthaltene Vollmacht des klägerischen Anwalts ausgestellt haben, nicht legitimirt seien, also zur Ausstellung dieser Vollmacht nicht legitimirt seien, so beseitigt sich dieser Einwand durch den Art. 81 der Frankf. Proceßordnung von 1819. Denn nach dieser ist ein de rato et mandato cavirender Anwalt zur Wechselklage durch den Besitz der Wechseldocumente legitimirt, ohne daß es hierzu, nämlich zu der Anstellung der Wechselklage, einer besonderen Vollmacht bedarf. Da es hiernach der beigebrachten besonderen Vollmacht gar nicht bedurfte, so kann der Beklagte durch die bloße Verneinung, daß die Personen, welche jene Vollmacht als Directoren der Bank ausgestellt haben, nicht legitimirt waren, sie auszustellen, die durch den Besitz der Wechseldocumente für den Anwalt begründete Legitimation, für die Commercial-Bank, an welche die Wechsel indossirt sind, die Wechselklage anzustellen, nicht zerstören. Der Beklagte konnte also nicht noch einen die Proceßlegitimation des Anwalts vervollständigenden Beweis verlangen. Nur die Frage könnte noch aufgeworfen werden, ob ihm nicht der Beweis nachzulassen sei, daß die beigebrachte Vollmacht in Wirklichkeit von unbefugten Personen ausgestellt sei; allein theils hat der Beklagte sich zu einem solchen seinerseits zu führenden Beweise gar nicht erboten, theils würde eine solche Beweisauflage dem Sinne des art. 81 cit. widerstreiten, welcher offenbar dahin zielt, daß durch die vom Anwalte bestellte Caution de rato et mandato alle Weiterungen in Betreff der Proceßlegitimation sollen abgeschnitten werden dürfen.

180. Statutencollision. Klagverjährung. Wechselverjährung.

Die auf § 78, Nr. 1 der A. D. W. O. gestützte Einrede der Verjährung ist nicht begründet. Es ist nicht diese Wechselordnung,

---

dann aber auch überall, wo man auf fremdem Boden entstandene Rechtsverhältnisse anerkennt, als existent angenommen werden und hier ist es, wie kaum in einem anderen Fall gerechtfertigt, von der Herrschaft des Personalstatuts zu sprechen.

Savigny System Bd. 8 p. 134.

Im vorliegenden Falle ist also auf das englische Recht zu recurriren.

sondern vielmehr das Englische Recht hier in Anwendung zu bringen. Eine zu der gegenseitigen Ansicht führende Bestimmung findet sich keineswegs im Frankfurter Rechte, wie dies der Beklagte behauptet. Derselbe macht dafür

1. die Allgemeine Deutsche Wechselordnung geltend, indem er meint, daß alle Fragen, hinsichtlich welcher in den §§ 84—86 nicht ausdrücklich auf die ausländische Gesetzgebung verwiesen sei, nach dem Willen der Wechselordnung nicht nach fremdem Rechte, sondern nach den Bestimmungen eben der Wechselordnung zu entscheiden seien. — Diese Meinung würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn angenommen werden müßte, daß die Wechselordnung die hier einschlagende Frage, welches Ortes Gesetze im einzelnen Falle in Anwendung zu bringen seien, in jenen §§ erschöpfend habe beantworten wollen. Zu dieser Annahme bieten aber weder die Worte der Wechselordnung, nach welcher nur einige Hauptfragen entschieden sind, noch die der Wechselordnung voraufgehenden Verhandlungen der Leipziger Wechselconferenz irgend einen Grund. Die Wechselordnung hat vielmehr jene Frage zu einem Theile unentschieden gelassen, und zu diesen offenen Fragen gehört auch die nach dem in Betreff der Wechselverjährung anzuwendenden Rechte.

2. Beruft sich der Beklagte auf einen besonderen Frankfurter Gerichtsbrauch, durch welchen die letztere Frage entschieden sei. Allein das eine Präjudiz*), welches der Beklagte dafür anführt, ist keineswegs ausreichend, um einen solchen darzuthun, und selbst eine wiederholte Anwendung des Satzes, daß der Frankfurter Richter die Frage nach der Verjährung eines Wechsels lediglich aus dem Grunde, weil er der Richter in der Streitsache ist, immer nach dem Frankfurter Rechte zu entscheiden habe, würde nicht berechtigen, diesen Satz als einen durchgreifenden Rechtssatz zu be-

*) Das Appellationsgericht erkannte am 20. Juni 1849 in S. Wetzlar c. Herzogs Adam v. Württemberg Nachlaß=Debitmasse:
4. daß im vorliegenden Falle, wo dahier ein Wechsel zur Liquidation gegen eine dahier befindliche Concursmasse gebracht wird, das dahier geltende Recht hinsichtlich der Verjährung des Klagrechts zur Anwendung zu kommen hat.

handeln, da er offenbar zu Consequenzen führt, welche das Rechtsgefühl beleidigen, indem er jedem Schuldner, der dadurch, daß er in Frankfurt seinen Wohnsitz nimmt oder auf andere Art und Weise es dahin bringt, daß die gegen ihn bestehenden Forderungen daselbst gegen ihn geltend gemacht werden, die bequeme Gelegenheit bietet, durch Berufung auf die nach dem Frankfurter Rechte eingetretene Verjährung sich seiner Schulden zu entledigen.

Ist sonach die in Rede stehende Frage, welches Recht hier anzuwenden sei, nach gemeinem Rechte zu beantworten, so hat es kein Bedenken, daß in dem vorliegenden Falle das Englische Recht in Anwendung zu bringen ist. Es genügt hierfür, theils auf die Entscheidungsgründe des vorigen Richters zu verweisen*), theils darauf hinzudeuten, daß in dem vorliegenden Falle folgende Umstände zusammentreffen, welche die Anwendung des Englischen Rechts unbedenklich als die allein richtige erscheinen lassen. Die Wechsel sind in London ausgestellt und begeben, also die Wechselverträge in London geschlossen, der beklagte Aussteller derselben hatte damals sein Handlungsetablissement in London und hier seinen Wohnsitz genommen, die Wechsel waren sämmtlich nach einigen Monaten fällig, es war also gar nicht anders zu erwarten, als daß im etwa eintretenden Protestfalle der Regreß gegen die Inhaber der Firma in London werde verfolgt werden. Hiernach ist es immer das Englische Recht, welches allein Anwendung leidet, man mag nun, um über die Verjährung zu entscheiden, auf den Ort, wo der Vertrag geschlossen worden oder wo die Erfüllung desselben erwartet ward oder wo der Schuldner seinen Wohnsitz hatte, das Gewicht legen und mag für die Entscheidung auf den Willen des Gesetzes oder auf den Willen der Contrahenten sehen.

Die Anwendung des Englischen Rechtes ist nun auch nicht durch den besonderen Umstand ausgeschlossen, welchen der Beklagte behauptet, daß die Englischen Gerichte in Gemäßheit des Englischen Rechts die Verjährung nach den Gesetzen des Orts bestimmen würden, an welchem die Klage erhoben wird, mit dessen

*) Vergl. unten p. 360 ff.

Anführung der Beklagte die Behauptung verbindet, daß nach dem Grundsatz der zu übenden Reciprocität der Frankfurter Richter nun das Frankfurter Recht als das des Klageortes und kein anderes anzuwenden habe.

Denn abgesehen davon, daß der Richter nicht anders die Retorsion üben darf, als wenn ein besonderes Gesetz ihn dazu berechtigt und verpflichtet, so würde doch durch jenen Rechtssatz gar nicht die Voraussetzung der Retorsion erfüllt sein, da derselbe nichts weiter als eine Verschiedenheit des Englischen und Frankfurter (des gemeinen) Rechts begründet, keineswegs aber eine Zurücksetzung des Ausländers im Vergleiche mit dem Inländer bezweckt und enthält, indem vielmehr umgekehrt der Satz dem Ausländer zum Vortheil gereichen kann, wie denn z. B. die nach der A. D. W. O. bereits verjährte Wechselklage eines Frankfurters gegen einen Engländer nach jenem Satze von einem Englischen Gerichte als noch nicht verjährt behandelt werden würde.

Was nun endlich die nach Englischem Rechte bestehende Verjährungszeit anlangt, so bedarf es, um dieselbe zu wissen, nicht noch eines von Seiten der einen oder anderen Parthei zu führenden Beweises. Würde ein solcher erforderlich sein, so würde er nicht der Klägerin aufzuerlegen sein, wie dies von dem vorigen Erkenntniß geschehen ist, sondern dem Beklagten, dessen Sache es ist, die von ihm vorgeschützte Einrede der Verjährung ihrem ganzen Umfange nach, also auch hinsichtlich der dem Richter unbekannten gesetzlichen Zeit zu begründen, um so mehr, da der Richter, welcher nicht weiß, ob die Verjährung eingetreten ist oder nicht, unmöglich für berechtigt erachtet werden kann, den Eintritt derselben zunächst anzunehmen, also eine Vermuthung dafür streiten zu lassen, daß die ihm unbekannte Verjährungszeit kürzer sei, als die bis zur Anstellung der Klage im einzelnen Falle verlaufene Zeit. Dies hatte in dem vorliegenden Falle um so weniger Grund, als der Beklagte die bestimmte und wiederholte Behauptung der Klägerin, daß nach Englischem Rechte die Wechselklage erst in sechs Jahren verjähre, nirgends in den Acten auch nur mit einem Worte bestritten hat.

Eine Bestreitung jener Behauptung findet sich auch nicht in

den Acten der gegenwärtigen Instanz; selbst nachdem die Klägerin darauf aufmerksam gemacht hatte, daß die von ihr behauptete Verjährungszeit vom Beklagten nicht bestritten worden sei und hinzugefügt hatte, daß hierin ein Zugeständniß des Beklagten liege, äußert der Beklagte sich ganz ausweichend, nämlich nur so: ausländisches Recht bedürfe allerdings des Nachweises, wenn auch die Parthei die betreffende Frage einer ausdrücklichen Berührung nicht werth geachtet habe.

Hiernach liegt in den Acten kein besonderer Grund, den Angaben Englischer Schriftsteller, daß die Wechselklage in sechs Jahren verjährt,

> **Tomlins** the law dictionary ed. 3. 1820. s. v. limitation of actions III. alinea 3. IV. 2. IV. 7.
>
> **Stephen** new commentaries on the laws of England, ed. 2. 1848. p. 527.
>
> **Chitty** and **Hulme** treatise on bills of exchange, ed. 9. p. 608. 609.

irgend zu mißtrauen oder eine in neuester Zeit geschehene Abänderung dieses Rechtssatzes für wahrscheinlich zu halten, und da eine solche auch gar nicht vom Beklagten behauptet worden ist, so fehlt es auch an aller Veranlassung, ihm einen deßfallsigen Beweis annoch nachzulassen.

Die Entscheidungsgründe zweiter Instanz lauten folgender Maßen:

Bekanntlich ist die Frage, nach welchem Rechte die Klagverjährung bei Obligationen zu beurtheilen sei, eine viel bestrittene. Während auf der einen Seite, siehe namentlich

> Mittermaier im Civ. Arch. Bd. 13 p. 307
>
> Vangerow Leitfaden Bd. 1 § 27 Anm. 2

aus der Natur der Verjährungsgesetze als Proceßgesetze die Nothwendigkeit, das an dem Klageort geltende Recht anzuwenden, abgeleitet wird, weisen Andere die Bestimmungen über Verjährung dem materiellen Rechte zu und gelangen so zur Zugrundelegung desjenigen Rechts, nach welchem die Obligation überhaupt beurtheilt wird. Diese letztere Ansicht muß für die richtige erklärt werden. Wird ein, eine Obligation erzeugendes Rechtsgeschäft abgeschlossen, so sind in demselben Augenblicke alle seine Wirkungen durch das Gesetz, nach welchem

es beurtheilt werden soll, genau bestimmt: ob eine Klage daraus begründet ist, wie weit dieselbe geht, steht nun dem bestimmenden Rechte gemäß fest; nicht weniger ist aber auch durch das Verjährungsgesetz von Anfang an die Zeitdauer bestimmt, während welcher die Klage angestellt werden kann, so daß also nicht sowohl die absolute Klagbarkeit, als vielmehr die hinsichtlich ihres Objects und ihrer Dauer bestimmte, als rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts erscheint. Soll nun der aus diesem Rechtsgeschäfte hervorgehende Anspruch vor einem fremden Gerichte geltend gemacht werden, so hat dasselbe, falls und soweit nicht ein Prohibitivgesetz entgegensteht, die einmal begründete rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts in ihrer Totalität aufzufassen, also nicht nur die Klagbarkeit überhaupt und die Bestimmung ihres Umfanges hinsichtlich des Objects, sondern auch hinsichtlich der Zeit anzuerkennen. Diese Ansicht ist namentlich von

Wächter im Civ. Arch. Bd. 25 p. 409 ss.

Savigny System Bd. 8 p. 273

vertheidigt und die entgegenstehende widerlegt worden. Von Beiden ist jedoch noch nicht berücksichtigt

Beseler System Bd. 1 § 39 VI.

Dieser sucht die entgegenstehende Ansicht dadurch zu rechtfertigen, „daß das Rechtsverhältniß durch die Verjährung nur aus äußeren formellen Gründen aufgehoben werde, welche mit seiner rechtlichen Natur wohl in Verbindung stehen könnten, aber nicht als die materiellen Folgen derselben erschienen." Aus demselben Grunde müßte man auch da, wo ein Recht zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes aus äußeren formellen Gründen gewisse Solennitäten fordert, ein nach dem Rechte des Auslandes, welches dieses Erforderniß nicht aufstellt, vollzogenes Rechtsgeschäft für ungültig erklären, wogegen sich doch Beseler selbst unmittelbar vorher unter Nr. V. ausspricht. In der älteren Zeit findet sich die hier gebilligte Ansicht außer von den bei Savigny l. c. Angeführten, von

Riccius Entwurf von den Stadtgesetzen Buch II. cap. 15 § 16 aufgestellt und ist in den meisten neuern Lehrbüchern des Deutschen Privatrechts, welche die Frage überhaupt berühren (Eichhorn § 36 nte. n, Renaud § 42 nte. 31, Gerber 5. Aufl. § 32 nte. 11, Walter § 48 Nr. 1 nte. 7, Bluntschli § 12 nte. 34) angenommen, deßgleichen von

Heffter Völkerrecht 2. Ausg. § 39 p. 77 nte. 3
Pütter das prakt. Europ. Fremdenrecht § 80, namentlich p. 84 nte. a. E.
Brinckmann Lehrb. des Handelsr. § 9 II. Nr. 5 p. 29
Brackenhöft im Arch. für Wechselr. Bd. II. p. 278 ss.

Ferner ist der Satz aufgenommen in dem

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg 1839 art. 1000

und in dem den Ständen 1842 vorgelegten

Entwurf einer Wechselordn. für das Königreich Sachsen § 233
Vgl. den Bericht der ersten Deputation der zweiten Kammer über diesen Entwurf vom 27. Mai 1843 p. 186.

Endlich ist der Satz den rechtlichen Entscheidungen zweier Deutscher oberster Gerichte ohne Bezugnahme auf Particularrecht zu Grunde gelegt worden:

Erkenntniß des Berl. Revis. u. Cassationshofes v. 6. März 1843
Erkenntniß des Obertrib. in Stuttgart vom 1. Juli 1852
(Seuffert Arch. Bd. II. Nr. 120. Bd. VI. Nr. 1).

Letzteres Erkenntniß scheint in derselben Sache ergangen zu sein, wie das von dem Beklagten beigebrachte Erkenntniß des Frankfurter Appellationsgerichts, aus welchem letzteren keineswegs ein besonderes Frankfurter Gewohnheitsrecht oder Gerichtsgebrauch abgeleitet werden kann. Wie sehr die grundsätzlich richtige Ansicht auch auf einer höheren Billigkeit beruht,

Savigny a. a. O.

zeigt gerade der vorliegende Fall. Die Berücksichtigung derselben hat eine Anzahl von Vertheidigern der entgegenstehenden Ansicht veranlaßt, für den Fall des Domicilwechsels des Beklagten den aufgestellten Satz in einer Weise zu modificiren, daß das Princip, auf welchem er beruht, als umgestoßen erscheint.

Mühlenbruch Lehrbuch § 73
Weber von der natürl. Verbindlichkeit § 95 p. 419
Treitschke Encycl. der Wechselr. Th. II. p. 575
Pöhls Wechselr. p. 657.

Beklagter beruft sich noch besonders auf die Allgemeine Deutsche Wechselordnung. Dieselbe habe der ausländischen Gesetzgebung einen

ganzen Abschnitt gewidmet; darin sei aber über die Anerkennung der fremden Bestimmungen über Wechselverjährung Nichts enthalten; es gehe vielmehr aus der Fassung der betreffenden Bestimmungen der Allgem. Deutschen W. O. hervor, daß dieselben auch auf fremde Wechsel anwendbar sein sollten. Der Abschnitt XV. der A. D. W. O. soll jedoch keineswegs eine erschöpfende Darstellung der Fälle, in welchen fremdes Recht zu berücksichtigen ist, enthalten; es werden dort vielmehr nur zwei Hauptsätze aufgestellt, einmal der, daß in Betreff der Wechselfähigkeit das Personalstatut maßgebend sei (art. 84 Satz 1), und dann die Regel: locus regit actum für die Form des Wechsels, der Präsentation u. s. w. (art. 85 Abs. 1 u. art. 86); ferner wird die Modification dieser Sätze in den Fällen behandelt, wo ein Ausländer im Inlande sich wechselmäßig verpflichtet (art. 84 Abs. 2), wo Inländer mit Inländern im Auslande contrahiren (art. 85 Abs. 3) und wo eine inländische Wechselerklärung in Bezug auf frühere im Auslande vorgenommene gegeben wird (art. 85 Abs. 2). Die vorliegende Frage ist also keineswegs berührt. Aus den Verhandlungen der Leipziger Wechselconferenz geht aber auch hervor, daß man nicht beabsichtigte, die im Auslande entstandenen Wechsel den vom Inlande gezogenen überall gleichzustellen. Dies wurde bei Berathung des art. 19 ausdrücklich ausgesprochen und demgemäß der preußische Entwurf in der Art abgeändert, daß die Bestimmungen über die Präsentationspflicht von Sichtwechseln nur für die vom Inlande gezogenen gelten sollten.

Preuß. Entwurf art. 19
Conferenzprot. Nr. IX. p. 44 — 47 (Off. A.), p. 41 — 44 (Hirschfeld's Q. A.)

Die neue Redaction dieses Artikels dient aber ebenfalls zur Interpretation der art. 78 u. 79 über Wechselverjährung. Denn obgleich art. 19 in Folge des erwähnten Beschlusses neu redigirt wurde, so beschränkte man die Präsentationspflicht doch nicht ausdrücklich auf die vom Inlande gezogenen Sichtwechsel, sondern ließ die in dem Preuß. Entwurfe enthaltene Erwähnung des Orts der Ausstellung einfach aus. Vergleicht man nun hiermit art. 78 u. 79, so kann man daraus, daß diese nicht ausdrücklich auf die vom Inlande gezogenen Wechsel beschränkt sind, nicht schließen, daß dieselben auch für die vom Auslande gezogenen oder im Auslande indossirten Wechsel gelten sollen.

Der Satz, auf welchen Beklagter sich beruft: lege non distinguente nec nostrum est distinguere, ist hier nicht gerechtfertigt. Wenn nun nach diesen Ausführungen dasjenige Recht, nach welchem überhaupt das Bestehen oder Erlöschen der Wechselverbindlichkeit zu beurtheilen ist, der Entscheidung der Frage, ob die Regreßklage verjährt sei, zu Grunde gelegt werden muß, so kann es im vorliegenden Falle, wo ein in England etablirtes Handlungshaus auf Engländer Wechsel zieht und dieselben an ein Englisches Etablissement begibt, nicht zweifelhaft sein, welches Recht anzuwenden ist, da eine Collision des Rechts des (kaufmännischen) Domicils, des Contractsorts, des Zahlungsorts nicht vorhanden ist und ein Zweifel, ob die Contrahenten bei Abschluß des Wechselgeschäfts sich unbedingt dem Englischen Recht haben unterwerfen wollen, nicht entstehen kann. Klägerin behauptet ausdrücklich, daß nach Englischem Rechte die Wechselregreßklage erst in sechs Jahren verjähre. Obgleich nun dieser Rechtssatz von gewichtigen Autoritäten anerkannt ist

Stephen New commentaries on the laws of England vol. III. § 54

Tomlins Law Dictionary ed. Granger s. v. limitation of action IV, 2

und der Richter allerdings befugt ist, einen ihm bekannten Rechtssatz ex officio anzuwenden,

Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 218. 322.

so konnten doch die angeführten Stellen bei der bekannten Natur des Englischen Rechts noch nicht für genügend beweisend gehalten und mußte der angeführte Rechtssatz zum Beweise verstellt werden.

181. Legitimation zur Protesterhebung.

Der Beklagte bemerkt, daß der Wechsel, Anlage 12, zwar mit einem Proteste, Anlage 24, versehen sei, nicht aber nachgewiesen sei, daß der im Proteste aufgeführte Cutbill Geschäftsführer der Klägerin sei, indem das Notariatszeugniß, Anlage 26, hierzu ungenügend sei. Allein wenngleich ein gültiger Protest Mangel Zahlung nur von einem solchen Inhaber des Wechsels erhoben werden kann, welcher berechtigt ist, die Zahlung zu fordern und zu empfangen,

Chitty and Hulme ed. 9. p. 494.

so bedarf es doch nicht der Nachweisung der Legitimation des Cutbill, da der Wechsel zur Zeit der Präsentation und Protesterhebung mit einem Blanco-Indossamente versehen war, wie der erhobene Protest ausweist, mithin der Cutbill in seiner Eigenschaft als Besitzer des Wechsels ausreichend legitimirt war.

182. Die A. D. W. O. hindert nicht den Richter, einem nach auswärtigen Gesetzen gültig entstandenen Regreßrechte Schutz zu verleihen. Bei Englischen Inlandswechseln genügt deren Notirung zur Erhebung von Wechselklagen in Deutschland. Zinsen und Notirungsspesen nach Englischem Rechte.

Der Beklagte macht in Betreff der Wechsel 2 bis 11 der Klage geltend, daß sie aus dem Grunde präjudicirt seien, weil sie mit Protesten gar nicht versehen seien und er die Protestlevirung in Abrede stelle. Es ist hiermit zu verbinden, was der Beklagte bereits früher bemerkt hat, daß die diesen Wechseln aufgeklebten, kein Zeichen der Authenticität an sich tragenden Zettelchen ohne Datum, welche keiner Anerkennung fähig seien und welche er nicht anerkenne, die Stelle von Protesten nicht versehen könnten und daß er ihren Zusammenhang mit den fraglichen Wechseln, der nirgends ersichtlich sei, in Abrede stelle.

Die Frage, ob diese Notirungen genügend sind, die Wechselregreßklage ganz oder in tantum zu begründen, ist nach dem Englischen Rechte zu beantworten. Wenn diesem damals, als die Wechsel fällig waren, von Seiten der Klägerin genügt, mithin ihr Regreßrecht gegen den Beklagten begründet war, so kann dieses Recht nicht wiederum von Erfordernissen abhängig werden, die ein anderes Recht vorschreibt.

Die Klägerin will ihr damals entstandenes Recht nunmehr durch den Schutz des Frankfurter Gerichts zur Ausübung bringen. Die für den Frankfurter Richter entstehende Frage ist also nicht die, ob das Regreßrecht nach dem Frankfurter Rechte, also der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung gültig entstanden ist, sondern nur die, ob er durch diese Wechselordnung gehindert ist, der Ausübung dieses Regreßrechtes den angerufenen Schutz zu verleihen, also verpflichtet, denselben zu versagen. Ein solches

Hinderniß würde in dem § 41 der A. D. W. O., nach welchem ein erhobener Protest allerdings ein unumgängliches Erforderniß zur Ausübung des Regresses ist, nur dann gefunden werden können, wenn der Sinn desselben nicht sowohl der wäre, ein das Regreßrecht selber begründendes Erforderniß festzustellen, — was aber entschieden nach § 83 der Fall ist, welcher, wenn der gehörige Protest fehlt, dem Wechselgläubiger nur noch auf die Bereicherung einen Anspruch gibt — als vielmehr der, zu bestimmen, daß ganz unabhängig von dem für die Entstehung des Regreßrechtes entscheidenden Rechte und dessen Bestimmung kein deutscher Richter eine Wechselregreßklage anders zulassen dürfe, als wenn sie auf den Grund eines erhobenen Protestes, und versteht sich, da die Wechselordnung die Bedeutung dieses Wortes in den §§ 87 und 88 entwickelt hat, eines Protestes im Sinne dieser erläuternden Bestimmungen erhoben worden ist. — Daß dieses aber nicht der Sinn des § 41 der W. O. ist, ergibt sich aus der Bestimmung des § 86, nach welchem der Deutsche Richter einer Wechselforderung seinen Schutz aus dem Grunde nicht versagen darf, daß die Form der mit dem Wechsel zur Ausübung oder Erhaltung der Wechselforderung vorgenommenen Handlungen der Deutschen Wechselordnung nicht entspreche. Es soll für den Fall, daß diese Handlungen an einem ausländischen Platze vorzunehmen sind, genügen, daß die Form dem dort geltenden Rechte entspricht. Daß es unter Anderem die Protesterhebung ist, auf welche die Worte „Form der Handlungen" deuten sollen, hat kein Bedenken, und wenn hiernach ein den Bestimmungen der A. D. W. O. entsprechender Protest kein absolutes Erforderniß für eine bei einem Deutschen Gerichte anzustellende Wechselregreßklage ist, so ist es klar, daß auf das Mehr oder Minder der Abweichung des fremden Rechts von jenen Bestimmungen nichts ankommen kann. Hiernach steht die Allgemeine Deutsche Wechselordnung dem nicht entgegen, daß, wenn die nach dem Englischen Rechte erforderlichen und genügenden Voraussetzungen des Regreßrechtes vorhanden sind, dieses Recht auf den Grund lediglich dieser Voraussetzungen vor einem Deutschen Gericht verfolgt werden kann.

Was nun das Englische Recht betrifft, so sind die geschehe-

nen Notirungen der Wechsel ausreichend, um das Regreßrecht zu begründen, da sämmtliche Wechsel inländische Wechsel, nämlich von einem Orte Englands auf einen andern Ort Englands gezogene Wechsel sind.

Daß bei inländischen Wechseln kein Protest erforderlich ist, sondern die Notirung ausreicht und daher auch das gewöhnliche Verfahren nur das ist, die inländischen Wechsel notiren und nicht förmlich protestiren zu lassen, ja daß sogar die Notirung nicht erforderlich ist und daher zuweilen unterbleibt, wird von den bedeutendsten Auctoritäten für Englisches Recht so übereinstimmend bezeugt, daß an der Wahrheit des Satzes nicht zu zweifeln ist und es daher eines von der Klägerin annoch zu führenden Beweises, den das vorige Erkenntniß für erforderlich gehalten hat, nicht bedarf.

Am Ausführlichsten ist das Zeugniß von

Chitty and Hulme ed. 9 p. 12. 458. nte. o. 465. 466.

und wenn auch weniger ausführlich, so äußern sich doch ganz bestimmt in demselben Sinne

Kent commentaries ed. 8. vol. III. p. 117—119.

Smith compendium of mercantile law ed. 2. 1838. p. 206.

Story englisches und nordamerikanisches Wechselrecht. Bearbeitet von Treitschke. 1845. § 281.

In dem angeführten Werke von Chitty and Hulme heißt es folgender Maßen:

p. 12. The principal difference between foreign and inland bills is, that the former must be protested, the latter need not.

p. 458 Note O. In the case of inland bills however, the noting is generally the only ceremony observed, and even this is not necessary.

p. 465. 466. The act (hiemit ist 9 und 10 William 3 cap. 17 gemeint) only gives an additional remedy, and does not take away the common law one, and therefore it is not necessary to protest, it being, in all cases of inland bills, sufficient to give notice of non payment, and the holder

is entitled to claim interest from the drawer, although there is no protest. In practice, a protest of an inland bill for non payment is seldom made, but it is only noted for non payment, and which noting is of no utility except with a view to the evidence, or where any of the parties to the bill are sued abroad or their property is attached in a foreign country, in respect of the amount owing on the bill, when a protest will be necessary and must be sent out.

Uebrigens bedarf es keines Protestes und ist die Notirung ausreichend nicht nur zu dem Zwecke, um das Capital fordern zu können, was nicht dem mindesten Zweifel unterliegt, sondern auch um Zinsen von dem Capitale fordern zu können. Zwar entspricht dieses nicht dem älteren englischen Rechte, indem

9 und 10 William 3 cap. 17.

den Trassanten (nur dessen Verpflichtung kommt für die vorliegende Sache in Betracht) auch bei einem inländischen Wechsel, wenn derselbe auf 5 £ oder mehr lautet und den Valutaempfang erklärt und ein Datowechsel ist und acceptirt ist, welches Alles bei den eingeklagten Wechseln zutrifft, zwar für verpflichtet erklärt, to repay the bill together with all Interest and Charges, aber doch nur unter der Voraussetzung eines förmlichen Protestes Mangel Zahlung, dessen Form sogar wörtlich vorgeschrieben ist, und dieses Erforderniß bei einem inländischen Wechsel ist auch in

3 und 4 Anne cap. 9

ausdrücklich anerkannt, indem, wenn nicht ein Protest aufgenommen (und eingesandt oder Nachricht davon gegeben) ist, kein Trassant verpflichtet sein soll, to pay any costs damages or interest thereupon.

Vgl. z. B. Cunnigham the law of bills of exchange, ed. 6. 1778. p. 15—19, wo die angeführten statutes abgedruckt sind.

Allein daß gegen das ältere Recht aus einem inländischen Wechsel auch ohne einen erhobenen Protest die Forderung auf Zinsen nach der neueren englischen Praxis begründet ist, wird in

Chitty and Hulme ed. 9. p. 465 nte. z p. 577.

bezeugt und belegt, womit auch

Kent commentaries ed. 8. vol. III. p. 119 nte. 8.

übereinstimmt.

Was die Notirungskosten betrifft, so können diese nach Englischem Rechte nicht ersetzt verlangt werden

Chitty and Hulme ed. 9. p. 465 nte. u. p. 479 nte. 1 p. 683.

Kent commentaries ed. 8 vol. III p. 119 nt. 8.

und können daher der Klägerin, wenn sie obsiegt, auch nicht aus dem Grunde zugebilligt werden, weil sie dann vermittelst der Notirung den ihr obliegenden Beweis der Nichtzahlung der Wechsel geführt hat.

Was die Form der Notirungen betrifft, so ist eine besondere Form für die Notirungen nicht vorgeschrieben und die gebrauchte Form ist diejenige, welche als die herkömmliche von den Englischen Schriftstellern geschildert wird. Vgl. z. B.

Smith compendium of mercantile law ed. 2. 1838. p. 206.

Chitty and Hulme ed. 9 p. 457. 458,

wo es heißt: der Notar mache zunächst a minute, consisting of his initials, the month, day and year, and the reason, if assigned, for non payment.

Es ist daher kein Grund, die Formrichtigkeit der Notirung zu bezweifeln, zumal der Beklagte nichts, was daran zu vermissen sei, angegeben hat.

Was endlich die Echtheit der Notirungen betrifft, so fehlt es in Betreff der Wechsel Anlage 2. 3. 4. 6. 7 (und auch in Betreff des Wechsels Anlage 9, vorausgesetzt, daß mit diesem Wechsel der auf p. 4 der Bilanz unter Nr. 5 angeführte Wechsel identisch ist, also der Unterschied der Summe £ 81. 10 und £ 81. 11. 6 auf der Hinzurechnung der Notirungskosten beruht) an allem Grunde, sie zu bezweifeln, da der Beklagte in seiner Bilanz zu dem Betrage dieser Wechsel die Notirungskosten hinzugeschlagen hat, wonach man nicht anders annehmen kann, als daß er von der Notirung etwas gewußt und die Wirklichkeit derselben nicht bezweifelt hat; denn daß er auf die bloße Möglichkeit hin,

daß die Wechsel notirt werden könnten, die der Summe nach genau zutreffenden Notirungskosten schon im Voraus sollte in Rechnung gebracht haben, wäre ein so ungewöhnliches Verfahren, daß es ohne besondere Gründe, an denen es aber fehlt, nicht angenommen werden darf.

Nachdem diese Anerkennung der geschehenen Notirung von Seiten des Beklagten vorliegt, hätte er die Echtheit der Notirungen mit bestimmten Behauptungen anfechten müssen. Statt dessen hat er sich, indem er die auf den Wechseln selber geschehene Notirung mit Stillschweigen übergeht, darauf beschränkt, nur von den aufgeklebten Zetteln zu bemerken, daß sie ohne Zeichen der Authenticität und ohne Datum keiner Anerkennung fähig seien und er sie nicht anerkenne und ihren Zusammenhang mit den fraglichen Wechseln in Abrede stelle. Bei jener Anerkennung einestheils und dieser ausweichenden, den Hauptpunct umgehenden Aeußerung anderntheils lag in der bloßen Möglichkeit eines verübten Falsums kein Grund, die Klägerin annoch mit dem Beweise der Echtheit der Notirungen zu belasten.

Ob, was die andern Wechsel Anlage 5. 8. 10. 11 der Klage betrifft, diese bloße Möglichkeit einen ausreichenden Grund abgeben würde, die Echtheit bis dahin, daß sie nachgewiesen worden ist, in Zweifel zu ziehen, kann auf sich beruhen, da die Klage, soweit sie diese Wechsel betrifft, wie auch hinsichtlich der Wechsel 6 und 9 auf den Grund fehlender Benachrichtigung angebrachter Maßen abgewiesen werden muß (vgl. unten Nr. 183).

183. Nachrichtgebung von der Nichtbezahlung des Wechsels von Seiten des Wechselgläubigers an den Wechselschuldner nach Engl. Rechte.

Der Beklagte hat ferner eingewandt, daß keine sofortige oder überhaupt rechtzeitige N a c h r i c h t g e b u n g an ihn resp. die Handlung H a l l e u. K u l p stattgehabt; — — — der Beklagte leugnet — hiermit überhaupt die geschehene Benachrichtigung. — — — Dieser Einwand ist theilweise begründet. — — — — — — Die Klägerin führt an, daß — — — — aus den anderweitigen Erklärungen des Beklagten sich ergebe, daß er Nachricht von der Nichtzahlung erhalten habe.

Was sich ergeben müßte, um die Klägerin von der Behauptung und dem Beweise der gehörigen Benachrichtigung zu befreien, ist nun nicht nur die geschehene, sondern die durch die rechte Person und rechtzeitig geschehene Benachrichtigung.

Damit die Benachrichtigung als eine durch die rechte Person geschehene, also in dieser Beziehung als eine gehörige gelten könne, müßte sie durch die Klägerin als die Wechselgläubigerin oder durch den Acceptanten geschehen sein, indem eine durch eine andere bei dem Wechsel nicht betheiligte Person geschehene Benachrichtigung eine ungehörige ist, auf welche die Klägerin sich nicht berufen kann. Die Thatsache allein, daß eine Benachrichtigung erfolgt ist, also die bloße Kenntniß des Trassanten von der Notirung des Wechsels, ist keineswegs ausreichend, um das Regreßrecht des Wechselinhabers zu begründen.

Dies Alles hat nach Englischem Rechte keinen Zweifel. Dasselbe geht davon aus, daß eine Benachrichtigung von Seiten des Wechselgläubigers erforderlich ist (such notice must come from the holder), eine Benachrichtigung von einer anderen, gleichviel welcher Person ist nicht ausreichend, weil die Benachrichtigung dem Vormanne darüber Gewißheit verschaffen soll, daß der Nachmann gewilligt sei, auf ihn zurückzukommen und ihn auf Zahlung anzugehen.

Chitty and Hulme ed. 9. p. 493. 494.

Daher ist der Wechselinhaber nicht enthoben der Notificationspflicht durch die bloße knowledge des Trassanten von der Nichtzahlung.

Chitty and Hulme ed. 9 p. 493. nte. O. „Notice means something more than knowledge, because it is competent to the holder to give credit to the maker."

Von jener Strenge, daß der Inhaber notificiren muß, ist aber in neueren Entscheidungen abgewichen. Es genügt, wenn die Nachricht gegeben wird by any person, who is a party to the bill,

Chitty and Hulme ed. 9 p. 494—496.

und ist so namentlich genügend, wenn die Nachricht gegeben wird an den Trassanten von dem Acceptanten.

Chitty and Hulme ed. 9 p. 495 nte. u und nte. a.

Damit die Benachrichtigung eine rechtzeitige sei, ist erforderlich, daß sie am letzten der drei Respittage oder am Tage darauf geschehe. Eine an dem einen oder anderen dieser beiden Tage erfolgte Benachrichtigung ist nach Englischem Rechte eine rechtzeitige.

Chitty and Hulme ed. 9 p. 479. 481. 482.

Wenn die Partheien, die zu benachrichtigende und die zur Nachrichtgebung verpflichtete Person, an demselben Platze sich befinden, so genügt es nicht, daß die Nachricht am Tage nach dem letzten Respittage abgesandt wird, sondern es ist erforderlich, daß sie an diesem Tage, am Tage nach dem letzten Respittage, an die zu benachrichtigende Person gelangt.

Chitty and Hulme ed. 9 p. 485.

Zu beachten ist noch, daß nach Englischem Rechte ein nach Monaten zahlbar lautender Datowechsel an demjenigen Monatstage verfällt, welcher der Zahl nach dem datirten Tage entspricht,

Chitty and Hulme ed. 9 p. 373

daß er aber, wie bemerkt, nicht an diesem Verfalltage, sondern erst am dritten Respittage zahlbar ist.

Wendet man dies, die gehörige Benachrichtigung betreffende Recht auf diejenigen Erklärungen des Beklagten an, aus welchen die gehörig geschehene Benachrichtigung möglicher Weise geschlossen werden könnte, so ergibt sich, daß es — — — in Betreff der Wechsel 5. 6. 8—12 an der gehörigen Benachrichtigung fehlt. — — —

Was nun noch die Wechsel Anlage 2. 3. 4. 7. betrifft, so ergibt sich Folgendes:

I. Der Wechsel Anlage 2, welcher am 9. März notirt ist, ist auf Seite 3 der Bilanz (auf Seite 4 derselben kommt er nicht vor) unter Nr. 2 eingetragen und zwar unter dem Datum des 9. März und mit dem Zusatze: Wechsel unbezahlt und von uns aufgenommen; zugleich sind dem Wechselbetrage von £ 68. 16. 4 die Notirungskosten von 1 s. 6 d. hinzugerechnet, so daß er mit der Summe von £ 68. 17. 10 aufgeführt worden ist und zwar wie

bemerkt, auf Seite 3 der Bilanz, welche mit „Haben" überschrieben ist.

In Betreff dieses Wechsels spricht dafür, daß diese Benachrichtigung geschehen und durch die rechte Person und rechtzeitig geschehen ist, Folgendes.

Daß der Beklagte oder die Handlung Halle u. Kulp Kenntniß von der geschehenen Notirung gehabt, also eine Nachricht von derselben durch irgend welche Person, zu irgend welcher Zeit erhalten hat, ergibt sich aufs deutlichste aus den Worten: Wechsel unbezahlt und aus der Hinzufügung der Notirungskosten. Denn für die Annahme, daß auf die bloße Erwartung hin, der Wechsel möge wohl nicht bezahlt werden, eine Buchung dieser Art geschehen sei, fehlt es an allem Grunde.

Bedenklich könnte es scheinen, ob auch angenommen werden darf, daß die Benachrichtigung durch die rechte Person und rechtzeitig geschehen sei.

Diese Annahme ist aber allein durch den Umstand ausreichend gerechtfertigt, daß der Wechsel unter „Haben" nicht nur in den Handlungsbüchern, sondern auch in der Bilanz eingetragen worden ist. Daraus, daß der Beklagte in der eingereichten Bilanz, welche den Zweck hat zur Rechtfertigung seines Güterabtretungsgesuches dem Gerichte von den Activis und Passivis der Handlung Halle und Kulp eine Uebersicht zu verschaffen, die Handlung als Gläubigerin des Acceptanten aufführt, ergibt sich, daß er sie für die Schuldnerin der Wechselgläubigerin, also für verpflichtet, den Wechsel einzulösen, gehalten hat. Denn der Trassant kann sich nicht anders eine Forderung gegen den Acceptanten zuschreiben, als wenn er den Wechsel, entweder weil er dazu verpflichtet war oder ohne das, aus freien Stücken eingelöset hat oder einzulösen gewilligt ist. Daß aber der Beklagte, wenn er zu jenem Zwecke eine Bilanz aufmacht, Forderungen, welche durch seine Verpflichtungen bedingt sind, deßhalb aufführen sollte, weil er gewilligt ist, diese Verpflichtungen ohne Weiteres freiwillig anzuerkennen, wäre eine ganz unnatürliche Annahme. Hat nun sonach der Beklagte die Handlung offenbar für verpflichtet zur Einlösung des Wechsels gehalten, was sie nur unter der Voraus=

setzung der gehörig geschehenen Benachrichtigung ist, und dies implicite durch Aufführung des Wechsels unter „Haben" in der dem Gerichte eingereichten Bilanz diesem gegenüber erklärt, so ist die weitere Folge dieses Umstandes, wenn nichts Besonderes entgegensteht, daß die Klägerin des Beweises der gehörig geschehenen Benachrichtigung überhoben ist, da dieser Umstand zunächst für einen Beweis derselben gehalten werden darf. Hierfür läßt sich auch das Englische Recht anführen, nach welchem der Umstand, daß der Trassant sich für verpflichtet zur Einlösung des Wechsels hält, als ein Beweis der gehörig geschehenen Benachrichtigung angesehen wird.

Chitty and Hulme ed. 9. p. 451. 501. 502. 505.

Es kann sich also nur noch fragen, ob in den Acten Umstände liegen, welche darauf, daß die Benachrichtigung nicht gehörig erfolgt ist, deuten.

Dies ist aber nicht der Fall. Denn es liegen keine Umstände vor, welche dem widerstreiten, daß die Benachrichtigung durch die Klägerin oder den Acceptanten geschehen sei, oder dem, daß sie rechtzeitig geschehen sei.

Was das letztere betrifft, so war der vom 6. December 1853 datirte und nach drei Monaten zahlbar lautende Wechsel am 6. März 1854 fällig, daher der dritte Respittag auf den 9. März, einem Donnerstag fiel, an welchem Tage der Wechsel notirt ist. — Die Benachrichtigung mußte daher am 9. oder 10. März geschehen und zwar mußte die Nachricht an dem einen oder anderen dieser beiden Tage an den Beklagten gelangen. Daß es anders geschehen sei, dafür erhellt aus den Acten nicht das Mindeste, indem das neben dem Wechsel in der Bilanz angegebene Datum der 9. März 1854 ist.

Es erhält vielmehr die Annahme der gehörig geschehenen Benachrichtigung eine Bestätigung in den Worten: „Wechsel unbezahlt und von uns aufgenommen."

Was die Bedeutung der Worte: „von uns aufgenommen" betrifft, so sind sie offenbar in dem Sinne des Englischen Ausdrucks to take up the bill genommen worden. Dieser Ausdruck deutet auf das Einlösen des Wechsels, wofür es genügt auf

Chitty and Hulme ed. 9. p. 494. nte u. 503 i. f. 504. 536. 580. 647

zu verweisen, und die Bemerkung in der Bilanz: der Wechsel ist von uns aufgenommen, bedeutet danach: wir haben den Wechsel eingelöset oder wir waren gewilligt, ihn einzulösen, und da dieses natürlich wird ausgesprochen werden: wir haben erklärt, daß wir gewilligt seien, den Wechsel einzulösen.

Daß dieses die Bedeutung jener Bemerkung ist, wird überdies dadurch bestärkt, daß der Beklagte in Betreff dieses Wechsels die Einrede der Zahlung vorgeschützt hat, also die wirklich geschehene Einlösung des Wechsels behauptet.

Hiernach ist es, da der wirklichen Einlösung immer der Wille den Wechsel einzulösen und in irgend einer Art die Erklärung dieses Willens voraufgeht, um so unbedenklicher, in jener Bemerkung das eigene Geständniß des Beklagten, daß die Handlung Halle u. Kulp diese Erklärung abgegeben, zu finden. Ob überdies die wirkliche Einlösung durch jene Bemerkung bewiesen ist, steht hier noch nicht zur Frage. — Wenn nun gleich diese bloße Willenserklärung dazu nicht ausreicht, um einen Verzicht der Handlung Halle u. Kulp auf ihre Rechte wegen nicht gehöriger Benachrichtigung anzunehmen, indem dafür ein mit dem Wissen, daß die gehörige Benachrichtigung fehle, gegebenes Zahlungsversprechen erforderlich ist,

Chitty and Hulme ed. 9. p. 499—506.

welches Wissen sich aber nicht ergibt, so ist doch durch diese der Klägerin gegenüber abgegebene Erklärung dieselbe um so mehr des Beweises der gehörigen Benachrichtigung überhoben. — In Betreff des Wechsels Anlage 2 der Klage ist hiernach die gehörig geschehene Benachrichtigung als in den Acten liegend anzusehen.

(Es folgen nun ähnliche Ausführungen für die Wechsel Anlage 3. 4. 7. Wir bemerken in Betreff

III. des Wechsels Anlage 4) — — Was die Rechtzeitigkeit der Benachrichtigung betrifft, — so findet die Annahme derselben eine Bestätigung darin, daß der Wechsel unter dem 3. April unter „Haben" aufgeführt ist. Es war nämlich der vom 30. December 1853 datirte und nach drei Monaten zahlbar lautende Wechsel am

30. März 1854 fällig, der dritte Tag nach dem 30. März, also der letzte Respittag war der 2. April 1854, welcher ein Sonntag war. Der Wechsel ist nun am 1. April am Sonnabend, also am zweiten Respittage notirt worden. Dieses ist in der Ordnung; denn wenn der letzte Respittag auf einen Sonntag fällt, so muß schon am Sonnabend, also am zweiten Respittage präsentirt werden, während sonst die Präsentation am zweiten Respittage eine verfrühte, also nichtig sein würde.

Chitty and Hulme ed. 9. p. 377. 378. Nt. f. u. g.

Der Wechsel ist nun unter dem 3. April in das Credit eingetragen, wonach also die Handlung Halle u. Kulp bereits an diesem Tage die Nachricht, daß der Wechsel unter Protest gegangen sei, gehabt haben muß. Wenn sie sie aber auch erst an diesem Tage erhalten hat, so war das genügend, denn da der 2. April ein Sonntag war, so war die am folgenden Werktage geschehene Notification eine rechtzeitige.

Chitty and Hulme ed. 9. p. 487. 488.

IV. — — — Der Annahme, daß die Benachrichtigung in Betreff des Wechsels Anlage 7 durch die rechte Person und rechtzeitig geschehen sei, scheinen hier folgende Bedenken entgegenzutreten.

Was die Rechtzeitigkeit der Benachrichtigung betrifft, so war der vom 7. Januar 1854 datirte, nach drei Monaten zahlbar lautende Wechsel am 7. April fällig, am dritten Tage nachher, am 10. April, welcher ein Montag war, ist der Wechsel notirt worden und dieses war dafür der rechte Tag. Daß er nicht zu spät präsentirt und notirt worden ist, ist klar, und kann nur die Frage entstehen, ob es nicht zu früh geschehen ist, da der zweite der drei hinzugelegten Tage kein Werktag, sondern ein Sonntag war. Es hat aber kein Bedenken, daß dieser Umstand nicht entgegensteht, daß bereits der Montag der letzte Respittag ist. Wenngleich das bei

Chitty and Hulme ed. 9.

wie es scheint, nicht speciell gesagt ist (es hätte an folgenden Stellen p. 377. 378 bei Note f. und g. p. 369 nte z stehen können), so folgt es doch daraus, daß auf p. 379 für die Berech-

nung des wirklichen Zahlungstages schlechtweg gesagt wird: **and adding the three days of grace**, und nur der eine Fall, daß der dritte Respittag ein Sonntag ist, als ein solcher, der unter einer besonderen Bestimmung stehe, erwähnt wird. Jene allgemeine einfache Art der Berechnung findet sich auch bei **Kent commentaries ed. 8 p. 130** ausgesprochen und überdies wird unsere Frage speciell in der oben als richtig angenommenen Art bei **Kent commentaries ed. 8 p. 131 nte c** am Ende und bei

Story ed. Treischke p. 337.

entschieden. — — —

184. Replik des Verzichts auf die Rechte aus der nicht geschehenen Benachrichtigung.

Die Klägerin meint ferner, — — unter Bezugnahme auf **Story §. 373** - — — daß der Beklagte durch die einfache Aufführung der Wechsel auf p. 4 der Bilanz auf seine Rechte wegen gar nicht oder nicht gehörig geschehener Benachrichtigung verzichtet habe. — — — Es ist nun aber gar nicht abzusehen und von der Klägerin auch nicht weiter erörtert worden, wie in dem Umstande allein, daß der Beklagte diese Wechsel auf p. 4 der Bilanz, nämlich als solche Wechsel, welche sich im Besitze der Bank befinden, aufgeführt hat, ein solcher Verzicht ausgesprochen sein sollte. Auch steht der Umstand den von Story § 373 aufgeführten Fällen keineswegs gleich, welche sämmtlich darauf hinauskommen, daß der Trassant oder Indossant, welcher weiß, daß das Regreßrecht gegen ihn aus dem Grunde fehlender oder ungehöriger Benachrichtigung verwirkt ist, seinen Willen, dennoch den Wechsel einzulösen, erklärt. Eine solche Erklärung, welche immer eine dem Wechselgläubiger gegenüber vorgenommene Handlung erfordert, wie dies auch deutlich sich ergibt, wenn man das bei

Chitty ed. 9 p. 499—506

über den Punct Bemerkte vergleicht, welcher immer nur von acceptirten Versprechen oder unacceptirten Vergleichsvorschlägen spricht, wie denn auch Story durchweg von einem Versprechen spricht, ist in jener einseitigen Aufführung der Wechsel nicht enthalten.

185. Replik der Unmöglichkeit Nachricht zu geben.

Die Klägerin führt ferner an, daß der Beklagte durch seine Entfernung von London und durch die bis vor Kurzem stattgehabte Verborgenheit und Unbekanntschaft dessen Aufenthaltes, — — ihr die Möglichkeit der Nachrichtgebung benommen habe. — Wenn die Klägerin von der Pflicht der Benachrichtigung aus dem Grunde befreit sein will, weil der Beklagte durch seine Entfernung aus London und hinterheriges Verborgensein ihr die Benachrichtigung an ihn unmöglich gemacht habe, so war es vor Allem ihre Sache, die Zeit seiner Entfernung, soweit sie nicht actenkundig ist, anzugeben und liquid zu stellen, weil sie nur hinsichtlich derjenigen Wechsel von der Pflicht der Nachrichtgebung befreit sein kann, bei welchen die Entfernung des Beklagten von London der Zeit, wo die Benachrichtigung spätestens erfolgen mußte, voraufging. Actenkundig ist nun aber weiter nichts, als daß der Beklagte am 28. Juni 1854 von London nach Frankfurt zurückgekehrt ist, was durch sein eigenes Geständniß in der Duplik feststeht. — Eine frühere Zeit der Entfernung, mag dieselbe auch wahrscheinlich sein, ist aus den Acten und insbesondere auch aus dem Güterabtretungsgesuche und der Bilanz mit Sicherheit nicht zu entnehmen. — Sonach steht es nur in Betreff des einen Wechsels Anlage 12 der Klage, welcher am 1. Juli 1854 notirt ist, fest, daß der Beklagte früher aus London sich entfernte, als die Nachricht von der Nichtzahlung gegeben werden konnte und mußte. — — — Hinsichtlich aller übrigen Wechseln ist diese Replik zu verwerfen.

Die Klägerin behauptet nun die Unmöglichkeit der Nachrichtgebung. Es ist ihre Sache, dieselbe darzuthun. Dafür führt sie keine weitere Thatsachen an, als lediglich den Umstand, daß der Beklagte sich von London entfernt habe und ihr sein Aufenthalt unbekannt gewesen sei. — Dieser Umstand für sich allein ist aber nicht genügend, um sie von allem weiteren Nachweis hinsichtlich der Nachrichtgebung zu befreien. Denn aus ihm ergibt sich weder die Unmöglichkeit, daß die Nachricht an den Beklagten gelangen konnte, noch auch die Unmöglichkeit,

daß die Klägerin Schritte thun konnte, um die Nachricht an den Beklagten zu bringen.

1. Will die Klägerin den Nachweis führen', daß sie ihrer Pflicht zur Nachrichtgebung genügt habe, so hat sie zunächst die Schritte anzuführen, welche sie gethan, um die Nachricht an den Beklagten zu bringen. Wenn bei den englischen Schriftstellern bemerkt wird, daß die Verborgenheit oder Abwesenheit des Trassanten (oder Indossanten) zur Entschuldigung der unterlassenen Benachrichtigung dienen möge;

Chitty and Hulme ed. 9 p. 330 nte m. p. 452 nte. n

so ist dies nicht in der Art zu verstehen, daß dieser Umstand, welcher es allerdings verhindern kann, daß die Nachricht an den Trassanten gelange, ausreichend sei, um den Wechselgläubiger zu entschuldigen, auch wenn er seinerseits nichts thut, um die Nachricht an den Trassanten zu bringen. — Er muß vielmehr seinerseits zu diesem Zwecke in einer vernünftigen Weise thätig gewesen sein,

Chitty and Hulme ed. 9 p. 453. 454. 474. 492. 493. 497

er muß seine Diligenz nachweisen.

Chitty and Hulme p. 453 nte. z

Kent commentaries ed. 8 p. 145. 146.

Die Klägerin hat nun aber nicht behauptet, daß sie irgend welchen Schritt gethan, um die Nachricht an den Beklagten zu bringen. Die Unmöglichkeit, auf Seiten der Klägerin zum Zwecke der Benachrichtigung irgend thätig zu sein, folgt nun aber aus dem Umstande, daß der Beklagte sich aus London entfernt hatte und ihr sein Aufenthalt unbekannt war, keineswegs, und es kann daher die nach Englischem Rechte keineswegs zweifellose Frage auf sich beruhen bleiben, ob ihr diese Unmöglichkeit überhaupt zu Gute kommen würde.

2. Würde die Klägerin, wenn sie keine Schritte zur Benachrichtigung gethan, die Unmöglichkeit der Nachrichtgebung in dem Sinne nachweisen können und wollen, daß alle Schritte, um die Nachricht an den Beklagten zu bringen, vergeblich gewesen

wären, indem die Nachricht doch nicht an den Beklagten gelangt sein würde, so würde auch dies nicht zu ihrer Entschuldigung gereichen, wenn sie damals, als sie jene Schritte hätte thun müssen, von dem Umstande, daß der Beklagte sich aus London entfernt hatte, keine Kenntniß hatte. Denn dann beruht ihre Unterlassungshandlung nicht, wie es bei vorhandener Kenntniß allerdings der Fall gewesen wäre, auf dem Bekenntniß der gänzlichen Nutzlosigkeit jedes Schrittes zum Zwecke der Benachrichtigung und einem dadurch veranlaßten Entschluß, ist also nicht von vornherein eine vernünftige und wohlgerechtfertigte, sondern sie stellt sich nur, indem ihr anfangs jeglicher Entschuldigungsgrund fehlen kann, hinterher als eine dem Wechselschuldner unschädliche heraus und könnte also nur aus dem Gesichtspuncte einer culpa sine effectu die Klägerin nicht benachtheiligen. Dies entspricht aber nicht der Ansicht des Englischen Rechts. Denn nach diesem hat der Wechselgläubiger den Beweis nicht frei, daß die Nichtbenachrichtigung in der That ohne Nachtheil für den Wechselschuldner gewesen sei.

Chitty ed. 9 p. 330 bei nte. l.

3. Ob die Klägerin durch den Umstand, daß die Nachricht doch nicht an den Beklagten gelangen konnte, dann entschuldigt sein würde, wenn sie damals, als sie die Nachricht hätte geben müssen, von der Entfernung des Beklagten aus London Kenntniß hatte, und deßhalb wohlbedacht sich gänzlich passiv verhielt, diese Frage kann auf sich beruhen bleiben, da einestheils die Klägerin diese Kenntniß nicht einmal behauptet hat und die Klage, was diesen Wechsel betrifft, doch nur, wie weiter unten begründet werden wird, angebrachter Maßen abgewiesen werden darf, und anderntheils die Unmöglichkeit, daß die Nachricht an den Beklagten gelangen konnte, aus dem Umstande allein, daß der Beklagte sich von London entfernt hatte und sein Aufenthalt der Klägerin unbekannt war, keineswegs sich ergibt. Denn trotzdem blieb es möglich, daß die Nachricht an den Beklagten oder doch an einen Bevollmächtigten desselben gelangte, wenn die Klägerin in vernünftiger Weise thätig war. Würde sie die Nachricht an das Comptoir des Beklagten befördert haben, so hätte sie freilich dies verschlossen

(oder das Local von andern Personen, die von dem Beklagten nichts wußten, eingenommen) finden können und sie würde dann entschuldigt oder doch wenigstens für's Erste entschuldigt gewesen sein.

Chitty and Hulme ed. 9 p. 471. 576.

Kent commentaries ed. 8 vol. III. p. 145 nte. 2.

Es war aber auch möglich, daß sie dort irgend eine Verweisung an den Advokaten Henderson, bei welchem der Beklagte eine Vollmacht niedergelegt haben will, vorgefunden hätte, und also möglich, daß durch ihn die Nachricht an den Beklagten gelangte oder daß er nunmehr das Interesse des Beklagten wahrnahm.

186. Befreiung von aller Wechselverbindlichkeit wegen unterbliebener Benachrichtigung.

Ist nun nach der Erörterung sub Nr. 183 die Einrede der unterbliebenen Benachrichtigung in Betreff der sieben Wechsel Anlage 5. 6. 8 — 12 begründet, so ist die Folge, daß die Klage, was diese Wechsel betrifft, nicht nur hinsichtlich der Zinsen, sondern auch hinsichtlich des Capitals unbegründet ist, da es nach der neueren Englischen Praxis feststeht, daß der Wechselgeber von aller Verbindlichkeit befreiet ist.

Chitty and Hulme ed. 9 p. 433.

Die Verpflichtung zur Benachrichtigung hat ihren Grund darin, daß die Wechselverpflichteten durch die Benachrichtigung die Möglichkeit erlangen, mancherlei Nachtheile von sich abzuwenden. Während das ältere Englische Recht von dem Regreßpflichtigen den Beweis des wirklich erlittenen Schadens verlangt,

Cunningham the law of bills of exchange ed. 6 1778. p. 19. 20.

Chitty and Hulme ed. 9 p. 436 nte. r.

wird nach dem neueren Rechte vermuthet, daß er durch den Mangel gehöriger Benachrichtigung benachtheiligt worden sei und diese Vermuthung ist so strenge, daß der dem Wechselinhaber gestattete Gegenbeweis eines bestimmten Inhaltes, nämlich darauf gerichtet sein muß, daß der Acceptant keine Deckung gehabt habe, und der Wechsel für Rechnung des Trassanten gezogen sei.

Chitty and Hulme ed. 9 p. 435. 436.

Ein Beweis dieser Thatsachen ist von der Klägerin nicht einmal versucht, ja sie sind nicht einmal unter Verweisung auf das Güterabtretungsgesuch von ihr behauptet worden, aus welchem sie übrigens — — mit ausreichender Evidenz nicht hervorgehen. — Wenn hiernach, weil die Einrede begründet ist, weder die eingeklagten Zinsen, noch auch das Capital hinsichtlich der erwähnten sieben Wechsel gefordert werden können, so war doch die Klage nur angebrachter Maßen abzuweisen, da die Klägerin nirgends mit Bestimmtheit ausgesprochen hat, daß eine gehörige Benachrichtigung nicht erfolgt sei, sondern es nur an der Nachweisung einer solchen oder dessen, was die Stelle derselben vertritt, hat fehlen lassen. Auch hinsichtlich der dritten Replik sagt die Klägerin nicht bestimmt, daß sie durchaus keine Schritte zum Zwecke der Benachrichtigung gethan, sondern beruft sich für die Unmöglichkeit der Nachrichtgebung vielleicht nur deßhalb auf wenige Thatsachen, weil sie meint, damit aller weiteren Behauptungen und Beweise überhoben zu sein. Uebrigens ist die Klage auch hinsichtlich der Notirungskosten nur angebrachter Maßen abgewiesen worden, da es offenbar nicht im Willen der Partheien liegt, daß über diese für sich allein entschieden werde.,

187. Fehlende Valutabescheinigung.

In Betreff der Behauptung, daß auf dem Wechsel Anl. 2 sich keine Valutabescheinigung bei der Girirung befinde, so würde dieser Mangel, wenn er einer wäre, ersetzt werden durch die Valutenbescheinigung im Wechsel selbst. Das Recht aus dem Wechsel ist aber durch einen besondern Beweis der Valutazahlung nicht bedingt.

Chitty ed. 9 p. 580.

188. Ausfüllung des Giro nach der Protestlevirung

Der Beklagte bemerkt ferner, auf den Wechseln 3 — 12 habe sich kein ausgefülltes Giro des Beklagten zur Zeit der Protestlevirung befunden; — — Ergänzungen von Giro's nach Verfall hätten keine wechselrechtliche Wirkung und seien mindestens

als nicht geschehen zu betrachten. — Diese Einrede ist nur in Betreff des Wechsels Anl. 12 liquid; übrigens unerheblich. Denn es hat keinen Zweifel, daß nach Englischem Rechte, abgesehen von einem Betrage unter 5 £,

Chitty and Hulme ed. 9 p. 226

Smith mercantile law ed. 2 p. 182 nte. g

welche Ausnahme hier nicht zutrifft, Blancoindossamente gültig sind und der Inhaber des Wechsels das Recht hat, das Indossament auf sich oder auf eine andere Person auszufüllen,

Chitty and Hulme ed. 9 p. 229. 230

und daß dieses nach dem Verfalltage gültig geschehen kann, ergibt sich von selber daraus, daß auch nach dem Verfalltage Indossamente gültig geschehen können.

Chitty and Hulme l. c. p. 215

Smith l. c. p. 186.

Wenn der Beklagte meint, die Ausfüllung sei als nicht geschehen zu erachten, so ist nicht abzusehen, was er dabei gewinnen würde, da dann die Indossamente als Blancoindossamente zu behandeln wären.

189. Zinsen der Wechselsumme nach Englischem Rechte.

Die Zinsen (in die Beklagter zu verurtheilen ist) dürfen erst von dem Tage an gerechnet werden, an welchem der Wechselschuldner die Nachricht von der Nichtzahlung empfing.

Chitty and Hulme ed. 9 p. 682 nte. R.

— — Was die Höhe der Zinsen betrifft, so dürfen diese nach dem Zinsfuß von fünf Procent gefordert werden.

Chitty and Hulme l. c. p. 88. 89.

LXXIV.

Johann Heinrich Voltz dahier, Implorant
contra
Stanislaus Heinrich Beyerle dahier, Implorat.

Johann Heinrich Voltz hatte seinem Miether St. H. Beyerle die Wohnung auf den 30. September 1854 gekündigt. Es entspann sich hierüber ein Proceß, ob die Kündigung zu rechter Zeit geschehen sei, nachdem Kläger den Beklagten am 4. Mai 1854 notariell hatte auffordern lassen, sich über die Kündigung zu erklären und der Beklagte geantwortet hatte, die Kündigung sei statt am 1. am 4. April 1854 geschehen und er werde bis zum 1. October 1855 wohnen bleiben. Während der erste Proceß noch nicht rechtskräftig entschieden war, trat J. H. Voltz mit einer Imploration auf, damit die Räumung des Locals jedenfalls auf den 1. October 1855 bewirkt werde. Implorat behauptete, die frühere Kündigung könnte nicht auf die Räumung für den 1. October 1855 bezogen werden. Unter Verurtheilung in die Kosten wurde Implorat für schuldig erkannt, die Wohnung auf den 1. October 1855 zu räumen vom

Stadtgerichte am 21. September 1855,
Spruchcollegium zu Marburg am 29. Sept. 1856,
Oberappellationsgerichte am 12. Februar 1857.

LXXV.

Johann Friedrich Hausmann, gewesenen Handelsmannes Kinder erster Ehe dahier, Kläger

contra

Wittwe Catharina Hausmann, geb. Kessel dahier, Beklagte.

Die Wittwe Catharina Hausmann hatte bald nach dem Tode ihres Ehemannes durch Börsenanschlag bekannt gemacht, daß sie die von demselben unter der Firma „Friedrich Hausmann“ geführte Handlung übernommen habe und solche für ihre alleinige Rechnung und Verbindlichkeit unter der bisherigen Firma führen und fortsetzen werde. Die Kinder erster Ehe traten nun mit einer Klage auf, in welcher sie die ausschließliche Benutzung dieser Firma beanspruchten. Das Stadtgericht wies unter dem 9. Mai 1855 die Kläger unter Verurtheilung in die Kosten mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe, sie könnten denn beweisen, daß ihre Vormünder ihnen seiner Zeit das Recht auf die Firma „Friedrich Hausmann“ der Beklagten gegenüber ausdrücklich gewahrt hätten. Auf beiderseitige Appellation erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 19. September 1855 abändernd, die Kläger seien mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Kosten erster Instanz ab- und zur Ruhe gewiesen. Dieses Urtheil wurde auf Appellation der Kläger unter Verurtheilung derselben in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 28. Februar 1857 bestätigt.

190. Befugniß der überlebenden Ehefrau, das Geschäft ihres Ehemannes unter dessen Firma fortzusetzen. Widerspruch der Kinder.

Die Abweisung der Klage, auf welche mit den vorigen Richtern erkannt werden mußte, würde großen Bedenken unterliegen,

wenn, um zu derselben zu gelangen, von dem Satze auszugehen wäre, daß die Wittwe eines Handelsmannes auch da, wo sie mit dessen Kindern concurrirt, ein ausschließliches Recht habe, dessen Handlung unter der bisherigen Firma fortzusetzen. Denn dieser Satz ließe sich nur, wie auch von der Beklagten geschieht, dadurch begründen, daß man die bei Handwerkszünften stattfindende ausschließliche Befugniß der Meisterswittwen zur Fortsetzung des ihren verstorbenen Ehemännern als Mitgliedern der Zunft zustehenden und bekanntlich nicht auf die Söhne vererbenden Rechts auf Ausübung eines Handwerks auf die Wittwen von Handelsleuten ausdehnte. Und eine solche Ausdehnung dieses auf die Zunftverfassung und den ganz besonderen Privilegien der Meisterswittwen beruhenden Instituts ist nicht nur da, wo der Handel, wie in Frankfurt, nicht mehr zünftig ist, an sich bedenklich, sondern dürfte auch mit der Bestimmung der Frankfurter Reformation sich nicht wohl vereinigen lassen, nach welcher, wenn einer von mehreren Gesellschaftern stirbt, dessen Kinder das Recht haben, unter gleichen Bedingungen, wie ihr verstorbener Vater in die Gesellschaft aufgenommen zu werden, also das Geschäft mit den übrigen Gesellschaftern fortzusetzen.

Ref. II. tit. 23 § 7.

Allein weder das Appellationsgericht, noch auch Bender in der von der Beklagten angezogenen Stelle

Handb. des Frankf. Privatr. p. 687

reden von einem solchen ausschließlichen Rechte, sondern nur von einer der Wittwe eines Handelsmannes im Allgemeinen kraft ihres persönlichen Gewerbrechts zustehenden Befugniß, das Geschäft ihres Ehemannes unter dessen Firma fortzusetzen. Diese Befugniß aber ist unbedenklich anzuerkennen, wird auch von den Klägern zugestanden, und dies genügt um im vorliegenden Falle die Klage abzuweisen; und somit bedarf Alles, was die Kläger gegen ein angebliches, auf Gewohnheit sich gründendes ausschließliches Recht der Wittwe vorbringen, keiner Widerlegung.

Beim Tode des Johann Friedrich Hausmann waren nämlich dessen Söhne sämmtlich noch minderjährig, — so daß eine Vormundschaft über dieselben angeordnet werden mußte.

Bekanntlich sind aber Vormünder nicht befugt, ein vom Vater betriebenes Fabrik- oder Handelsgeschäft ohne Erlaubniß der Obervormundschaft für Rechnung ihrer Mündel fortzuführen. Nun ergibt sich aber aus den auf Antrag der Kläger requirirten J. F. Hausmann'schen Nachlaß- und Curatel-Acten, daß die Vormünder der Hausmann'schen Kinder nicht nur keine Anträge beim Curatelamte wegen Fortsetzung der väterlichen Fabrik und Handlung für Rechnung ihrer Mündel gestellt, sondern daß sie vielmehr erklärt haben, sich mit dieser Fortsetzung nicht befassen zu können.

Unter diesen Umständen machte die Wittwe von dem ihr zustehenden Rechte, ihrerseits das Geschäft ihres verstorbenen Ehemannes fortzusetzen, Gebrauch. Dies ward von den Vormündern — — ausdrücklich anerkannt, indem sie (es) dem Curatelamte anzeigten. — —

Hat die Wittwe nun aber von dem ihr zustehenden Rechte, das Geschäft ihres verstorbenen Mannes fortzusetzen, mit Consens der Vormünder ihrer Stiefkinder Gebrauch gemacht, — wobei es hier gar nicht darauf ankommt, ob sie alle Activa und Passiva des Geschäfts übernommen oder ob dieses für Rechnung der Erben, zu denen auch sie gehörte, liquidirt worden ist, — so war sie auch befugt, dies unter der bisherigen Firma zu thun, mag man nun diese Firma als ein vermögensrechtliches Object des J. F. Hausmann'schen Nachlasses ansehen oder davon ausgehen, daß sie mit der Liquidation des Hausmann'schen Geschäfts aufgehört habe, zu existiren. Denn im ersteren Falle bildete sie nur ein Annexum des Geschäfts, dessen Fortsetzung die Wittwe im Einverständniß mit den Vormündern kraft eigenen Rechts übernahm, und auch im letzteren Falle war sie nach gemeinrechtlichen Grundsätzen, wonach die Wahl einer Firma, wenigstens dann, wenn eine solche nicht schon anderweit besteht, durchaus keinen Beschränkungen unterliegt,

Thöl Handelsr. Th. I. § 36. IV.

Mittermaier Deutsch. Privatr. Th. II. § 555. III.

Brinckmann Handelsr. § 21

an den Consens der Vormünder überall nicht gebunden. Denn

der Satz, welchen die Kläger geltend machen, daß eine Firma nicht den Namen eines Verstorbenen enthalten dürfe, hat gemeinrechtlich keine Gültigkeit.

Allerdings zwar haben die Kläger darin Recht, daß das bloße bisherige Stillschweigen zu dem von der Beklagten mit Erlaubniß des Rechneiamtes verfügten Börsenanschlage sie ihres Widerspruchrechtes, wenn sie ein solches haben, nicht verlustig gemacht haben würde. Allein eben ein solches fehlt ihnen. Denn da die Beklagte gezeigter Maßen beim Tode ihres Ehemannes vollkommen berechtigt war zu dem, was sie gethan, so müssen die Kläger, zumal sie ihrerseits gar nicht das Recht in Anspruch nehmen, die Firma „Friedrich Hausmann" zu führen, einen speciellen Titel nachweisen, welcher sie berechtigt, jetzt und nachdem zwei von ihnen ein neues Ladengeschäft unter der Firma Gebrüder Hausmann begründet haben, von der Beklagten zu verlangen, daß sie die bisher gebrauchte Firma „Friedrich Hausmann" aufgebe. Als einen solchen speciellen Titel haben sie aber nur etwas geltend gemacht, was unten sub 3 noch näher vorkommen wird, und jedenfalls, weil geleugnet, noch des Beweises bedürfen würde.

Aus dem bisherigen ergibt sich

1. daß der Principalantrag der Kläger, ihrem Petitum gemäß sofort condemnatorisch zu erkennen, ein völlig unbegründeter ist. Ferner kann

2. auch dem ersten in dieser Instanz gestellten eventuellen Antrage, der Beklagten den Beweis aufzuerlegen, „daß die Vormünder der Kläger die Absicht gehabt, daß ihr, der Beklagten, die Firma „Friedrich Hausmann" ausschließlich und unwiderruflich überlassen werden und gehören solle", nicht stattgegeben werden. Denn will man auch ganz davon absehen, daß die Kläger einen solchen Antrag weder in erster, noch in zweiter Instanz gestellt haben, so erscheint der Antrag doch jedenfalls deßhalb ganz unbegründet, weil, nachdem die Vormünder ihrerseits die Fortsetzung des Hausmann'schen Geschäfts für ihre Mündel abgelehnt und der Beklagten überlassen hatten, dies für eigene Rechnung zu thun, Letztere für die Beibehaltung auch der bisherigen Firma nach dem Obigen der Zustimmung der Vormünder gar

nicht bedurfte, es mithin als ganz irrelevant erscheint, welche Absichten sie bei der Ueberlassung der Handlung gehegt haben mögen. Es kann aber auch

3. dem zweiten eventuellen Antrage nicht stattgegeben werden, welcher dahin geht, mindestens das Stadtgerichts-Erkenntniß wieder herzustellen, also den Klägern den Beweis nachzulassen, „daß die Vormünder ihnen den Klägern seiner Zeit das Recht auf die Firma Friedrich Hausmann der Beklagten gegenüber ausdrücklich gewährt haben." Denn es war

a. dem Appellationsgerichte schon darin beizutreten, daß die Behauptung, welche dieser Beweisnachlassung zum Grunde liegt, nicht genügend substantiirt sei, indem in der Klage gar nicht näher angegeben war, wie die behauptete Wahrung auf eine rechtlich wirksame Weise geschehen sei. Nachdem aber die Kläger in gegenwärtiger Instanz ihre Behauptung in der Klage, um sie als gehörig substantiirt darzustellen, nur dahin näher erläutern, die Vormünder hätten der Anmaßung der Firma von Seiten der Beklagten widersprochen und die Führung der Firma nur geduldet, bis sie, die Kläger, sich einmal veranlaßt sehen würden, das Recht dazu zu bestreiten, erscheint

b. auch der zweite Grund des Appellationsgerichts, nämlich der der völligen Irrelevanz jener Behauptung ganz entscheidend. Denn wenn, wie oben gezeigt, die Beklagte zur Fortführung der Firma „Friedrich Hausmann" des Consenses der Vormünder den Umständen nach gar nicht bedurfte, so konnten diese auch überall nicht wirksam protestiren.

Ganz anders freilich stände die Sache, wenn die Behauptung, welche die Kläger in der Replik aufgestellt haben, daß damals, als die Vormünder das Recht der Kinder auf die Firma gewahrt, also wie die Kläger dies jetzt erläutern, dem Gebrauche der Firma durch die Beklagten widersprochen, Letztere sich mit dem Vorbehalte der Vormünder einverstanden erklärt habe, berücksichtigt werden könnte. Allein theils ist diese Behauptung ebenfalls nicht gehörig substantiirt, indem gar nicht näher angegeben ist, worin denn der Vorbehalt, der offenbar etwas Anderes sein soll, als der Widerspruch, eigentlich bestanden habe, theils erscheint

diese Behauptung, insofern darin die eines Pactums liegt, als eine unzulässige Klagänderung, welcher die Beklagte als einer solchen widersprochen und welche daher auch vom Stadtgerichte nicht berücksichtigt ist, theils endlich sind die Kläger später auf dieselbe gar nicht mehr zurückgekommen und haben nicht nur über die Nichtberücksichtigung derselben durch das Stadtgericht sich gar nicht beschwert, sondern auch in gegenwärtiger Instanz, wie bemerkt, ihren eventuellen Antrag ausdrücklich auf Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Beweises gerichtet.

LXXVI.

Dorothea Maria Kremenz, vorher verehelichte Hahn und Michel, geb. Stamminger dahier, Klägerin u. Widerbeklagte

contra

Anna Elisabetha Horst, geb. Schwalb von Hanau, Beklagte u. Widerklägerin.

In dem wegen eines anderen Rechtspunctes sub Nr. I dieses Bandes mitgetheilten Streitfalle wurde der Widerklägerin unter dem 12. August 1853 rechtskräftig der Beweis auferlegt, daß außer den in (13) und (14) enthaltenen Mobiliargegenständen auch noch die andern der in (7) und (10) verzeichneten oder welche derselben bei dem Ableben der Hahn'schen Ehefrau in deren hiesigen Nachlaß vorhanden gewesen sind. Auf geführte Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 9. Mai 1855 auf den Erfüllungseid der Widerklägerin unter Verurtheilung der Widerbeklagten in die Hälfte der Kosten. Auf Appellation der Widerbeklagten wurde dieses Urtheil vom Appellationsgericht am 19. September 1855 bestätigt, vom Oberappellationsgericht am 28. Februar 1857 unter Aussetzung der Kosten erster Instanz und Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz

dahin geändert, daß in Betreff folgender Gegenstände ꝛc. auf den Reinigungseid der Widerbeklagten erkannt wurde.

191. Glaubwürdigkeit der Zeugen. Intime Freundschaft. Nahe Verwandtschaft.

Gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugin N. wurde der doppelte Einwand geltend gemacht, daß sie eine Verwandte und eine intime Freundin der Producentin sei. Was nun

1. die Freundschaft betrifft, so würde solche, wenn sie eine besonders vertraute wäre, die Zeugin allerdings einiger Maßen verdächtig machen. Allein ein solches Verhältniß ergibt sich aus den Aussagen der Impugnationszeugen durchaus nicht, indem das, was sie angeben, sich auch ohne Annahme besonders freundschaftlicher Beziehungen ganz einfach aus dem Verwandtschaftsverhältnisse, welches den Zeugen unbekannt war, erklärt.

2. Dieses Verwandtschaftsverhältniß aber, nämlich, daß die Frau N., wie sie selbst angibt, Geschwisterkind, also Nichte der Producentin ist, macht sie schon nach gemeinrechtlicher Praxis, besonders aber nach der Frankfurter Reformation, welche die um einen Grad näher stehenden Geschwister sogar für unzulässige Zeugen erklärt,

Ref. I tit. 33 § 6

allerdings zu einer nicht ganz classischen, sondern etwas suspecten Zeugin.

192. Glaubwürdigkeit der Zeugen. Unverträglichkeit der Zeugen.

Dasjenige, was in Betreff der Zeugin N. von den Impugnationszeugen bekundet wird, daß sie nämlich, als sie im Hause der Productin gewohnt, mit allen anderen Hausbewohnern und auch mit der Productin immer Streit gehabt und deßhalb habe ausziehen müssen, vermag um so weniger diese Zeugin irgend verdächtig zu machen, als sie ohne Zweifel nicht, wie der Sachführer der Productin angibt, bei dieser, sondern bei den Hahn'schen Eheleuten, welchen die Productin ihr ganzes Haus, unter Reservation nur zweier Zimmer, vermiethet hatte, zur Miethe gewohnt, mithin nur von diesen gekündigt sein kann.

193. Erfüllungseid. Reinigungseid in Folge von Vermuthungen statt des Schiedseides.

Hinsichtlich aller dieser Gegenstände unter a und b mußte es bei dem erkannten Suppletorium sein Bewenden behalten, da über die Gegenstände unter a mehr als halber Beweis vorliegt, und was die übrigen betrifft, die Reformation ausdrücklich gestattet, bei der Aussage eines classischen Zeugen auf den Erfüllungseid zu erkennen,

Ref. I tit. 39 § 7

und bei solchergestalt halb geführtem Beweise es auch nicht darauf ankommt, daß die Producentin nur de credulitate zu schwören im Stande ist.

Bender Handbuch des Proc. p. 154 u. nte. 15.

Dagegen konnte es bei diesem Suppletorium hinsichtlich folgender Gegenstände nicht verbleiben, sondern hier nur auf ein purgatorium erkannt werden, weil für diese nur die Aussagen der nicht ganz unverdächtigen Zeugin N. vorliegen. — — —

In Betreff aller übrigen — — verzeichneten Gegenstände, deren Vorhandensein die Productin entweder überhaupt oder in der angegebenen Zahl bestreitet, liegen gar keine speciellen Zeugenaussagen vor. Es würde hier also nichts erübrigen, als auf den der Productin deferirten und von ihr acceptirten Schiedseid zu erkennen.

Allein da nach den an sich von der Productin für richtig anerkannten Verzeichnissen die Eheleute Hahn sehr vollständig eingerichtet gewesen sind, wie dies auch die Zeuginnen S. u. N. bekunden, auch die Productin nicht zu behaupten vermocht hat, daß schon zu Lebzeiten der Frau Hahn etwas verkauft worden sei, so mußte es, da der Productin doch ohnehin ein Reinigungseid auferlegt wird, um so angemessener erscheinen, diesen auch auf diese übrigen Gegenstände auszudehnen, als nach Lage der Sache auf den Fall einer Zurückschiebung des deferirten Eides hier nicht Rücksicht zu nehmen war.

LXXVII.

Großherzoglich Heſſiſche Ober=Steuerdirection zu Darmſtadt, Klägerin

contra

die Erben der zu Frankfurt verſtorbenen Henriette Wolff aus Offenbach, Beklagte.

Die Großherzoglich Heſſiſche Ober=Steuerdirection zu Darmſtadt klagte gegen die Erben der dahier verſtorbenen Henriette Wolff aus Offenbach, deren Vermögen ſämmtlich hier befindlich war, auf Bezahlung der Collateralſteuer.

Klagender Theil wurde unter Verurtheilung in die Koſten, mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe gewieſen vom
Stadtgerichte am 4. April 1856,
Appellationsgerichte am 6. Juni 1856,
Oberappellationsgerichte am 28. Februar 1857.

194. Die Geſetze des Domicils entſcheiden bei Regulirung des Nachlaſſes eines Verſtorbenen. Die Staatsbürger=Angehörigkeit oder die Heimathsberechtigung üben keinen Einfluß. Begründung des Domicils.

Die klägeriſche Appellation mußte verworfen werden, weil mit den vorigen Richtern anzunehmen war, daß

1) es bei der Frage, den Geſetzen welches Staates der Nachlaß eines Verſtorbenen in Betreff der Eröffnung, Vererbung und ſonſtigen Behandlung unterworfen ſei, nur darauf ankomme, wo der Verſtorbene zur Zeit ſeines Ablebens ſein Domicil gehabt habe, ohne daß auf den ſtaatsbürgerlichen Nexus deſſelben oder darauf, wo er heimathsberechtigt geweſen, zu ſehen ſei;

2) daß die verſtorbene Henriette Wolff zur Zeit ihres Ablebens ihr Domicil in Frankfurt gehabt habe.

Ad 1. Für die Behandlung des Nachlaſſes eines Verſtor=

benen, insonderheit für die Frage, wo derselbe als eröffnet zu gelten habe und wer zum Erbrechte berufen sei, gibt es kein anderes örtliches Recht, als das Recht desjenigen Domicils, welches der Erblasser zur Zeit seines Todes hatte.

Nur drei verschiedene Ansichten haben sich unter den Rechtslehrern successive geltend gemacht. Die erste, nach welcher es lediglich auf die Gesetze des Landes ankomme, in welchem die zur Erbschaft gehörigen Sachen, seien es Mobilien oder Immobilien, liegen;

> Vgl. v. Wächter im Civ. Arch. Bd. 24. p. 275. 276. Bd. 25. p. 192.

die zweite, nach welcher hinsichtlich der Mobilien der Wohnsitz des Erblassers, und nur hinsichtlich der Immobilien das Land oder der Ort in Betracht kommen soll, wo sie belegen seien;

> v. Wächter l. c. Bd. 25. p. 188—192.

endlich die dritte Ansicht, für welche sich die bedeutendsten neueren Autoritäten sowohl unter den Civilisten, wie unter den Germanisten entschieden haben, daß es allgemein auf die Gesetze des Orts ankomme, in welchem der Verstorbene zur Zeit seines Ablebens sein Domicil gehabt habe.

> v. Wächter l. c. Bd. 25. p. 198. 199 u. 363.
> v. Savigny System Bd. 8. p. 295—298.
> Eichhorn Deutsches Privatr. §. 35.
> Mittermaier Deutsches Privatr. § 32.
> Gerber Deutsches Privatr. §. 32.
> Walter Deutsches Privatr. § 49.

Nun würde es in vorliegendem Falle unter der Voraussetzung, daß Frankfurt als Domicilort der verstorbenen Wolff entweder schon als feststehend anzunehmen sein sollte oder noch als solcher nachgewiesen werden könnte, auf die vorbemerkte Verschiedenheit der Meinungen nicht ankommen, da bei dem Vorhandensein aller Nachlaßgegenstände zu Frankfurt, zufolge einer jeden derselben, hier die Frankfurtischen Gerichte als die für die Eröffnung und Vertheilung des Nachlasses zuständigen, die Franfurtischen Gesetze als die hierbei maßgebenden anzusehen sein würden. Indessen konnte, auch abgesehen von dieser besonderen Sachlage, kein Be-

denken über die abzugebende Entſcheidung beſtehen, da, wie auch ſchon früher in Frankfurtiſchen Sachen geſchehen iſt,

Fr. S. Meyer c. Ziegler von 1829

das Oberappellationsgericht der dritten der eben aufgeführten Anſichten beitreten und das Domicil als allein entſcheidend anſehen müßte.

Hiergegen iſt von der Appellantin der Einwand erhoben worden, daß, wenn der Ort des Wohnſitzes von demjenigen der Staatsbürger-Angehörigkeit oder doch der Heimathsberechtigung verſchieden ſei, der Wohnſitz die ihm ſonſt beizulegende volle Wirkſamkeit nicht ausübe und daß in dieſem Falle auf die betreffende Perſon und deren Vermögen — nach ihrem Ableben auch auf ihren Nachlaß — die Geſetze des Heimathslandes anzuwenden ſeien. — Dieſer Aufſtellung, für welche außer

Souchay Anmerkungen zur Ref. Bd. II. p. 854.

keine Autoren ſich erklärt haben, konnte indeſſen nicht beigepflichtet werden, und zwar weder nach allgemeinen Grundſätzen, noch in ſpecieller Anwendung auf die rechtliche Stellung der Frankfurter Permiſſioniſten.

Erſteres nicht, weil das Staatsbürgerrecht und vollends das minder umfaſſende bloße Heimathsrecht nicht die Wirkung haben können, in dem Falle, wenn der Inhaber derſelben ſeinen Wohnſitz nach dem Auslande verlegt haben ſollte, den Eintritt derjenigen Folgen zu verhindern, welche das ausländiſche Recht an die Begründung eines Domicils knüpft. — Der Fortbeſtand des bisherigen ſtaatsbürgerlichen Nexus und des Heimathsrechts iſt vielmehr neben dem nun begründeten Domicile möglich und hat nur die Folge, daß die in Betracht kommende Perſon im Verhältniſſe zu dem betreffenden Staate oder Orte gewiſſe Rechte und Verpflichtungen hat, welche keinen erſchöpfenden und ausſchließlichen Einfluß auf ihre Rechtsfähigkeit oder auf die Totalität ihres Vermögens ausüben. Auch dies iſt ſchon früher vom Oberappellationsgericht in der angezogenen Frankfurtiſchen Entſcheidung ausgeſprochen worden.

Insbeſondere nun die rechtliche Stellung der Frankfurtiſchen

Permiſſioniſten anlangend, ſo hat freilich die Klägerin dem Umſtande Bedeutung beizulegen verſucht, daß jene Permiſſioniſten auch „Fremde“ genannt werden. Allein hieraus kann Nichts zu Gunſten der klägeriſchen Anträge abgeleitet werden: „Fremde“ oder wie die Reformation ſie nennt, „Ausländiſche“ bilden nur den Gegenſatz gegen „Bürger und Beiſaſſen“ und werden auch „Einwohner“ genannt.

Moritz Staatsverf. der Reichsſt. Frankfurt. Bd. I. p. 272 ss.

Sie bilden alſo dieſelbe Claſſe von Perſonen, welche in anderen Rechten als „Gäſte“ bezeichnet werden, und ſind, wenn ſie ein Gewerbe treiben, ſogar der Einkommenſteuer unterworfen, während bei den kein Gewerbe treibenden an die Stelle der Einkommenſteuer ein Permiſſionsſtempel getreten iſt.

Bender Handbuch p. 130.

Wollte man den Permiſſioniſten die Möglichkeit abſprechen, in Frankfurt ein Domicil mit den einem ſolchen angehörigen Rechtsfolgen zu erwerben, ſo würde letzteres nur den Bürgern und Beiſaſſen zuſtehen und der Unterſchied zwiſchen cives und incolae fiele hier ganz weg.

Für die Unrichtigkeit der klägeriſchen Auffaſſung kann endlich noch der Umſtand angeführt werden, daß in dem Frankfurtiſchen Rechte die ſ. g. „Ausbürger“ vorkommen, worunter ſolche Frankfurtiſche Staatsangehörige verſtanden werden, welche mit Beibehaltung ihres Frankfurtiſchen Bürgerrechts auswärts ein Domicil erwerben und in Betreff der Verſteuerung ihres Vermögens den Frankfurtiſchen Geſetzen nur inſofern unterworfen bleiben, als Theile deſſelben ſich dort befinden.

Ad. 2. Für die Annahme des von den Beklagten behaupteten Frankfurtiſchen Domicils der verſtorbenen Henriette Wolff liegen folgende Umſtände in den Acten. Die genannte Wolff, welche bis zu dem im Jahr 1849 erfolgten Ableben ihres Vaters in Offenbach bei demſelben gelebt hatte, hat, wie die Beklagten behaupten, alsbald nachher, unbeſtrittener Maßen aber noch in demſelben Jahre ihren Aufenthalt nach Frankfurt verlegt und dort eine eigene Wohnung genommen, wogegen ſie eine ſolche in

Offenbach nicht beibehalten hat; ebenso wenig bestand in Offenbach ein Hauswesen von Angehörigen der Verstorbenen, welches die Letztere mit als das ihrige betrachtet hätte, die Mehrzahl ihrer näheren Verwandten lebte vielmehr in Frankfurt, keiner derselben in Offenbach; die Verstorbene hat ferner ihr gesammtes Vermögen mit sich nach Frankfurt genommen und dasselbe dort theils selbst asservirt, theils durch ihren in den Acten genannten Halbbruder asserviren lassen; endlich hat sie gerade dadurch, daß sie um einen Permissionsschein nachsuchte, bekundet, in die nächste und dauerndste Verbindung zu der Stadt Frankfurt treten zu wollen, welche für sie als ursprünglich Nicht-Frankfurterin den Umständen nach erreichbar war.

Diesen Umständen gegenüber hat die Klägerin nur behauptet, daß der Aufenthalt der Wolff in Frankfurt kein ununterbrochener gewesen sei, und theils aus diesem Grunde, theils wegen der von ihr angenommenen rechtlichen Irrelevanz des vorhin angegebenen thatsächlichen Bestandes eine Fortdauer des ursprünglichen Offenbacher Domicils der Verstorbenen behauptet. Allein bekanntlich bedingt das Vorhandensein eines Domicils keinen ununterbrochenen Aufenthalt an dem in Betracht kommenden Orte

L. 7 C. de incolis (10, 39)

und dasjenige, was oben über die Natur des Aufenthaltes der Wolff in Frankfurt aus den Acten angeführt ist, entspricht der gesetzlichen Anforderung, daß es (L. 7 cit.) nur darauf ankomme, wo die betreffende Person larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, so daß hier nicht erst auf Beweis in Betreff des Domicils zu erkennen war.

LXXVIII.

M. Borgnis, H. Goll-Platzmann und Dr. jur. J. A. Ohlenschlager dahier, Imploranten
contra
das Bauamt der Stadt Frankfurt, Imploraten.

Die am untern Mainquai liegenden Häuser hatten zufolge Vertrags vom 1. April 1818 eine Aussichtsgerechtsame erworben, nach welcher die denselben gegenüber liegende Insel nur in einem gewissen Maße bebaut werden darf. Als bei Erbauung der Verbindungsbahn der s. g. kleine Main zugeschüttet und die oben erwähnte Insel zu dem Ufer gezogen werden sollte, traten die im Rubrum erwähnten Hauseigenthümer mit einem Bauarrest und mit einer Klage wegen Störung der Servitut gegen das hiesige Bauamt auf. Das Stadtgericht erkannte am 25. August 1856, daß den Anträgen nicht zu entsprechen sei. Auf Appellation der Imploranten erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 17. October 1856, die Rückweisung des Bauverbots bestätigend, daß dem Stadtgerichte aufgetragen werde, die ordnungsmäßige Verhandlung der erhobenen Klage einzuleiten. Auf weitere Appellation wurde unter Verurtheilung der Imploranten in die Kosten das letztere Urtheil vom Oberappellationsgerichte am 14. April 1857 bestätigt.

195. Aussichtsgerechtsame. Deren angebliche Störung.

Die Imploranten haben für das von ihnen beantragte Bauverbot, über welches allein dermalen zu erkennen ist, vorzugsweise auf die in Folge des Vertrags vom 1. April 1818 ihnen als Häuserbesitzern am Untermain-Quai zustehenden Berechtigungen sich berufen. Es ist also

1. der Umfang dieser Berechtigungen zu bestimmen und

2. zu untersuchen, ob und in wie weit dieselben durch die imploratischer Seits in Angriff genommenen Arbeiten verletzt oder doch bedroht werden.

Zu 1 sind Imploranten weder selbst Contrahenten, noch behaupten sie, Universalrechtsnachfolger der Contrahenten geworden zu sein. Sie können daher nur die dinglichen Rechte geltend machen, welche mittelst des fraglichen Vertrages zum Besten der am Untermain-Quai zu erbauenden Häuser constituirt worden sind. Nun ist es

a. unzweifelhaft und unbestritten, daß diesen Häusern durch pos. 1 der schließlichen Festsetzungen jenes Vertrags eine Aussichtsgerechtsame eingeräumt worden ist, in Beziehung auf welche das Terrain der Insel (und ohne Zweifel auch die zwischen dieser und jenen Häusern liegende Räumlichkeit) als **praedium serviens** sich darstellt. Ueber Inhalt und Umfang der fraglichen Servitut findet sich a. a. O. die Andeutung, daß, mit Ausnahme eines 15 Fuß hohen Wachthauses, weder Gebäulichkeiten, noch selbst hohe Bäume gesetzt und überhaupt den neuen Häusern die Aussicht „nicht benommen" werden soll. Die practische Bedeutung der Gerechtsame ist demnach die, daß der Blick über das fragliche Terrain hinaus frei und unbehindert gelassen werden muß. Daß er auch auf dasselbe ein angenehmer oder gar der gleiche bleiben müsse, wie zur Zeit der Erbauung der Häuser, ist dagegen nicht angedeutet und kann daher dies als Inhalt der hier bestellten Servitut nicht angesehen werden. Es folgt hieraus, daß zwar eine jede Bebauung oder Erhöhung des Insel-Terrains über 15 Fuß ohne Weiteres eine Verletzung der Gerechtsame der fraglichen Häuser enthalten würde, eine sonstige Veränderung aber nur dann in Betracht kommt, wenn und soweit sie als ein Hinderniß für die freie Aussicht **in concreto** sich darstellt.

b. Abgesehen von der eben besprochenen Aussichtsgerechtsame sind durch den fraglichen Vertrag für die am Untermain-Quai zu erbauenden Häuser keine privatrechtlichen Befugnisse begründet, die vorliegend in Betracht kämen. Insbesondere steht denselben weder darauf ein Recht zu, daß die Insel völlig unbebaut liegen bleibe, noch darauf, daß sie als Insel und in ihrem dermaligen

Bestande erhalten, der s. g. kleine Main nicht zugeschüttet und eine Verbindung zwischen dem Quai und der Insel nicht anders als mittelst einer vom Weinmarkte aus zu erbauenden Brücke hergestellt werde. Eine unbefangene Betrachtung des ganzen Vertrages läßt es als unzweifelhaft erscheinen, daß eine solche, von den vorigen Richtern mit Recht als exorbitant bezeichnete Berechtigung nicht constituirt worden ist. — — —

Die von den Imploranten für ihre Auslegung des Vertrags geltend gemachten Gründe sind ganz unhaltbar. — — —

Es kommt hiernach

zu 2 nur darauf an, ob die in pos. 1 am Schlusse des Vertrages constituirte Aussichtsgerechtsame durch Ausführung der dermaligen projectirten Eisenbahn- und Hafenanlage beeinträchtigt werde.

a. In erster Instanz ist eine hierhin gehende Darlegung von den Imploranten gar nicht versucht worden. Was dort über den in Ausführung begriffenen Plan angegeben worden, nämlich Errichtung eines Dammes im Mainflusse, Führung der Eisenbahn über den Damm und die Insel, Zuschüttung des s. g. kleinen Mains und Verbindung der Insel mit dem Quai kann als Verletzung jener Aussichtsgerechtsame in keiner Weise angesehen werden. Anlangend aber das an sich möglicher Weise relevante Bebauen der Insel, so haben Imploranten selbst erklärt: „welche bauliche Anlagen auf und an der Insel ausgeführt werden sollten, wüßten sie nicht, und könnten sie in dieser Hinsicht nur im Allgemeinen sich verwahren und gegen bauliche Anlagen, die eine solche Verletzung involvirten, protestiren". Sie glauben freilich, der Mangel bestimmter Angaben in der fraglichen Beziehung könne ihnen deßhalb nicht entgegenstehen, weil das Bauamt, der Vorschrift in Cap. I § 3 des Baustatuts zuwider, sich geweigert habe, ihnen die Risse und Pläne der projectirten Anlage vorzulegen, und sie so durch ein rechtswidriges Verhalten des imploratischen Theils in die Lage versetzt worden seien, jene Angaben nicht machen zu können. Es genügt jedoch dieser Umstand nicht, um den ohnedies unbegründeten Antrag auf Erlaß eines sofortigen Bauverbots zu einem begründeten zu machen. Dabei kann

von der Frage abgesehen werden, ob nicht die Vorschrift in Cap. I § 3, resp. Cap. III § 1 des Baustatuts einen bloß administrativen Character habe. Sollte nämlich auch angenommen werden können, es sei dadurch demjenigen, welcher bauen will, zur privatrechtlichen Pflicht gemacht, mit seinem Bau nicht eher zu beginnen, als er den Nachbarn von dem Bauplane Kenntniß gegeben, beziehungsweise die Risse vorgelegt und sie so in den Stand gesetzt hat, zu beurtheilen, ob durch den projectirten Bau ihre Rechte werden verletzt werden, so bezieht sich jene Vorschrift doch — wie das ganze Baustatut — jedenfalls nur auf zu errichtende Häuser nnd Gebäude, resp. die an solchen vorzunehmenden Aenderungen, nicht aber auf sonstige Anlagen. Es würde daraus also immer nur das gefolgert werden können, daß unter Umständen auf Vorlage der Risse und Pläne geklagt werden könnte (was vorliegend nicht geschehen ist), resp. daß, wenn vor deren Vorlage mit dem Bau wirklich begonnen würde, dann gegen die Fortsetzung ein gerichtliches Bauverbot ausgewirkt werden könnte. Allein es ist nicht abzusehen, wie es möglich sein sollte, ein Verbot gegen Bauten auszuwirken, von denen Imploranten selbst sagen, sie wüßten nicht, wo und in welcher Art sie beabsichtigt seien.

b. In den höheren Instanzen haben Imploranten allerdings factische Angaben gemacht, die auf eine bereits unternommene oder doch beabsichtigte Verletzung ihrer Aussichtsgerechtsame hinweisen. So insbesondere schon in voriger Instanz: daß auf der Insel Bauholz und Quadersteine aufgehäuft würden (in den Oberappellationsgerichtsacten I. werden namentlich auch auf der Mühlenschanze aufgerichtete, über 15 Fuß hohe Dielen-Auffätze erwähnt), so wie daß ein Balkenwerk und Brücke, über 15 Fuß hoch, vom Quai zur Insel hergestellt sei; in gegenwärtiger Instanz aber: daß nach dem adoptirten Project auf der Südseite der Insel, gegenüber dem ehemaligen Schneidwall und bis über die neue Mainzerstraße hinauslaufend, vier Krahnen und fünf neue Waarenschuppen errichtet werden sollten, nachdem dieser Theil der Insel vorher ebenso hoch als der bestehende Quai, nämlich 12½ Fuß über den Nullpunkt des Pregels, werde aufgetragen worden

sein. — Diese Behauptungen verdienen jedoch schon deßhalb keine Berücksichtigung, weil sie als neu entstandene oder neu aufgefundene Thatumstände gar nicht geltend gemacht sind. Was Imploranten von der auf der Insel vorzunehmenden Terrain-Veränderung und den daselbst zu errichtenden Schuppen und Krahnen sagen, haben sie — ihrer eigenen Angabe nach — aus den gedruckten Actenstücken über den projectirten Eisenbahn- und Hafenbau entnommen, und diese Actenstücke waren ihnen schon vor Anbringung der Imploration bekannt.

Von den übrigen vorhin erwähnten Vorrichtungen ist wenigstens nicht gesagt, daß sie erst nach dem Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 25. August vorigen Jahres in's Werk gesetzt seien. — Es sind aber auch jene Facta nicht geeignet, um auf deren Grund ein Bauverbot erlassen zu können.

α. Anlangend die Terrain-Erhöhung auf der Südseite der Insel, so kann man es zwar als feststehend ansehen, daß eine solche beabsichtigt werde, da sie in dem vom Ingenieur Eckhard aufgestellten, vom Senate und der gesetzgebenden Versammlung adoptirten Projecte vorgesehen ist.

Allein daß diese Erhöhung in einem die Aussicht der Häuser am Untermain-Quai beeinträchtigenden Maße stattfinden werde, ist weder behauptet, noch aus dem Projecte zu entnehmen. Der „bestehende Quai", bis zu dessen Höhe die neue Quai-Mauer geführt werden soll, ist — wie sich aus der zuerst citirten Actenstelle klar ergibt — nicht der Untermain-Quai, und die Versicherung des imploratischen Bauamts, daß das neue Ufer um wenigstens 11 — 12 Fuß tiefer als dieser letztere zu liegen kommen werde, ist geeignet, jeden in dieser Beziehung etwa noch bestehenden Zweifel zu beseitigen.

β. Die Errichtung von vier Waarenschuppen und vier Krahnen auf der Südseite der dermaligen Insel ist allerdings in dem Berichte des Rechnei- und Rentenamts vom 26. März v. J. in Vorschlag gebracht, welchen Bericht wiederum der Große Rath in seinem Vortrage vom 8. April an die gesetzgebende Versammlung seinem ganzen Inhalte nach sich angeeignet hat. Allein der Senats-Antrag war auf diese Specialitäten nicht mit-

gerichtet; man kennt den weitern Verlauf der Verhandlungen nicht und hat so an sich schon keine genügende Grundlage für die Voraussetzung, daß jene Bauten auch jetzt noch projectirt werden, und vollends, daß sie in einer die Rechte der Imploranten verletzenden Weise d. h. ohne vorgängige Expropriation der fraglichen Aussichtsgerechtsame, ausgeführt werden sollen. Der Senat hat in seinem Beschlusse vom 16. October v. J. die Zusicherung gegeben, daß dies nicht geschehen werde, und hierdurch war die Aussicht auf eine den Imploranten in dieser Richtung drohende Rechtsverletzung jedenfalls bereits beseitigt, als sie zuerst mittelst des Oberappellationsgerichtslibells die fraglichen Bauten bei Gericht zur Sprache gebracht haben. Es bedarf deßhalb nicht einmal einer Hinweisung auf die Erklärung des imploratischen Theils, wodurch der hier in Rede stehende Punct jedenfalls seine Erledigung finden würde.

γ. Die Anhäufung von Baumaterial auf der Insel und die Herstellung eines die letztere mit dem Untermain-Quai verbindenden Balkenwerks sind nur interimistische Maßregeln, und dergleichen, wenn auch zeitweise die Servitut beeinträchtigende Vorkehrungen von bloß vorübergehendem Character zum Zwecke der Ausführung einer an sich statthaften Anlage muß der Servitutberechtigte, der seine Befugnisse civiliter auszuüben hat, sich gefallen lassen.

196. Quasi possessio sogenannter negativer Servituten.

Imploranten haben sich wiederholt auf den — Besitzstand, einmal sogar auf ihren durch Verjährung erworbenen Besitz berufen. — Die quasi possessio eines Verbietungsrechtes, gegenüber den Anlagen, die die Stadt auf ihrem eigenen Grund und Boden vorzunehmen beabsichtigt, ist jedoch durch den Vertrag vom 1. April 1818 jedenfalls nicht weiter, als in demselben ein derartiges Recht eingeräumt ist und abgesehen von diesem Vertrage gar nicht begründet. Denn zum Besitze s. g. negativer Servituten genügt es nicht, daß der Herr des angeblich dienenden Grundstücks die fragliche Handlung seither unterlassen, sondern er muß an deren versuchter Vornahme mit Erfolg verhindert worden sein.

197. Interdictum ne quid in flumine publico fiat.

Imploranten haben schon in erster Instanz angedeutet und in zweiter bestimmter darauf hingewiesen, daß der s. g. kleine Main ein öffentlicher Fluß sei, woran keine insbesondere die Anwohner benachtheiligende Aenderungen vorgenommen werden dürften, und dadurch die Intention zu erkennen gegeben, ihre Imploration auch unter dem Gesichtspuncte des **interdictum ne quid in flumine publico fiat** aufrecht zu erhalten. — Nun würde allerdings das Zuschütten des sogenannten kleinen Mains, wenn dadurch die Nachtheile, welche die Imploranten behaupten, entstünden, an sich für jenes Interdict relevant erscheinen. Allein einestheils vermögen Imploranten auch hier zur Zeit nur mit allgemeinen Vermuthungen hervorzutreten. Anderntheils und hauptsächlich ist das genannte Interdict ganz ebenso, wie das **interdictum ne quid in loco publico fiat**, dann für ausgeschlossen zu erachten, wenn die höchste Staatsgewalt unter Berücksichtigung derjenigen Interessen, zu deren Schutz an und für sich jenes Interdict würde gebraucht werden können, die betreffende Anlage genehmigt hat. Ein solcher Fall aber liegt gegenwärtig vor. Imploranten bestreiten dies,

1. weil die Ständige Bürger-Repräsentation der projectirten Anlage ihre Zustimmung nicht ertheilt habe. Allein abgesehen davon, ob nicht hier, wo es sich um einen Gesetzgebungsact nicht handelt, schon die Genehmigung der Anlage durch den Senat genügt haben würde, um das Interdict auszuschließen, so bedarf es jedenfalls neben der bereits erfolgten Zustimmung der Gesetzgebenden Versammlung nicht auch derjenigen der Ständigen Bürgerrepräsentation;

Const. Erg. Act. Art. 15. art. 17 pos. 4.

2. weil die Interessen der Häuserbesitzer am Untermain-Quai nicht in Berücksichtigung gezogen seien. Allein es ist

a. die projectirte Anlage schon an sich der Art, daß die erhebliche Aenderung, welche dadurch in der Lage und den Verhältnissen der am Untermain-Quai liegenden Häuser herbeigeführt wird, klar auf der Hand liegt und den Factoren der höchsten Staatsgewalt

bei In-Betracht-Ziehung des fraglichen Projects gar nicht entgangen sein kann. Wollten sie gleichwohl die Anlage, so wollten sie damit ohne Weiteres auch jene Aenderung, ungeachtet der dadurch etwa den gedachten Häusern entgehenden Vorzügen und Annehmlichkeiten.

b. In dem Berichte der engeren Deputation der Ständigen Bürgerrepräsentation vom 16. Februar 1856 ist auf die „auf der Insel haftende Servitut" — und damit, wie Imploranten selbst hervorheben, auf die Rechte und Interessen der Hauseigenthümer am Untermain-Quai ausdrücklich aufmerksam gemacht worden, und man kann nicht unterstellen, daß dieser Punct von da an übersehen, muß vielmehr annehmen, daß er zwar erwogen, jedoch nicht geeignet befunden worden sei, ein erhebliches Bedenken gegen die projectirte Anlage zu begründen.

c. Endlich hat der Senat unter specieller In-Betracht-Ziehung aller von den Imploranten erhobenen Bedenken, durch Beschluß vom 16. October 1856, deren gegen die Ausführung der projectirten Anlage eingelegte Remonstration zurückgewiesen und ist dadurch ein in der fraglichen Beziehung etwa anzunehmender Mangel der ursprünglichen Beschlüsse jedenfalls geheilt worden.

LXXIX.

Meyer Ullmann'sche Debitmasse dahier, Klägerin

contra

Jos. J. Oppenheim dahier, Beklagten.

Der Curator der Meyer Ullmann'schen Debitmasse verlangte die Herausgabe von Waaren, die Jos. J. Oppenheim widerrechtlicher Weise der genannten Debitmasse entzogen habe. Der Beklagte opponirte die Einrede der Retention. Das Stadtgericht verurtheilte den Beklagten am 7. Juli 1856 zur Herausgabe der fraglichen Waaren, eventuell zur Erstattung deren

Werthes. Auf Appellation des Beklagten und Adhäsion der Klägerin wurde unter Kostencompensation dieses Urtheil vom Appellationsgerichte am 3. October 1856 bestätigt, dagegen auf Oberappellation des Beklagten unter Compensation der einen Hälfte der Kosten und Verurtheilung des Beklagten in die andere Hälfte vom Oberappellationsgerichte am 25. April 1857 dahin geändert, daß in Betreff von elf Stück Cassinet ein Eingeständniß des Beklagten, dieselben sich angeeignet zu haben, nicht angenommen, daher der Klägerin der Beweis auferlegt wurde, daß unter den vom Beklagten aus dem Meyer Ullmann'schen Waarenlager an sich genommenen Gegenständen sich auch elf Stück Cassinet befunden haben.

198. Retentionsrecht nach § 54 der Wechsel-Ordnung von 1739.

Für ein Retentionsrecht beruft sich der Beklagte darauf, daß er Commissionär des Ullmann gewesen, und folglich der § 54 der Wechselordnung von 1739 ihm zur Seite stehe. Allein der § 54 cit. setzt zunächst voraus, daß man sich im rechtmäßigen Besitze zum Verkauf in Commission übersandter oder sonst übergebener Waaren befinde. Nun ergibt sich aber aus dem eigenen Zugeständnisse des Beklagten, daß es in vorliegendem Falle an diesem nothwendigen Erfordernisse gänzlich fehle. Denn

1. nach dem eigenen Anführen des Beklagten hat Ullmann ihm keine Waare in Verkaufscommission übergeben, sondern es bestand das Verhältniß zwischen beiden nur darin, daß der Beklagte es dem Ullmann gestattete, unter seiner, des Beklagten, Firma sein Geschäft in Frankfurt zu betreiben, was ihm als Permissionisten außer den Meßzeiten in Frankfurt nicht zustand, indem der Beklagte ausdrücklich zugibt, daß Ullmann mit seinem Commis die Verkäufe seiner Waaren selbst persönlich besorgt habe. Es hat denn auch

2. der Beklagte, ehe er die Waare nach Ullmann's Entfernung eigenmächtig an sich nahm, gar nicht den Besitz derselben gehabt. Zwar beruft er sich darauf, das Ullmann'sche Waarenlager habe sich in einem von ihm, dem Beklagten, gemietheten Locale befunden. Allein da er zugibt, daß er das Local nur auf

seinen Namen, aber für Ullmann gemiethet habe, so ist es klar, daß er dadurch nicht den Besitz an den Waaren erlangte, welche Ullmann in dem Locale hatte. Vielmehr bedurfte es dazu eines besonderen Actes der Besitzübertragung, welchen der Beklagte aber nirgends zu behaupten vermocht hat. Sein Besitz der Schlüssel zu diesem Locale, von dem er redet, würde, wenn wirklich anzunehmen, nur insofern von Bedeutung sein, als er ihm die Möglichkeit verschafft hätte, den ihm übertragenen Besitz sich zu erhalten. Indessen hat der Beklagte selbst zugeben müssen, was, da Ullmann mit seinem Commis selbst den Verkauf seiner Waare besorgte, ohnehin anzunehmen ist, daß Ullmann, so lange er in Frankfurt anwesend, immer die Schlüssel in Händen gehabt habe; und wenn er in dieser Instanz mit der ganz neuen Behauptung hervortritt, daß dieser Besitz der Schlüssel, abseiten des Ullmann, ein nur bittweise eingeräumter gewesen sei, so ist das schon formell nicht zu berücksichtigen, auch überdies nach dem Obigen irrelevant.

199. Art. 34 der prov. Proceßordnung. Einklagung einer größeren Anzahl verschiedener Posten; Beantwortung derselben in einer Anlage zur Einredehandlung.

Der Beschwerde, daß der Beklagte des siebenten Postens der Klage in contumaciam für geständig angenommen sei, mußte stattgegeben werden. Zwar hat

1. der Beklagte in seiner Vernehmlassnng selbst nicht ausdrücklich geleugnet, daß er die in der Klage unter Nr. 7 des Verzeichnisses aufgeführten elf Stück Cassinets an sich genommen habe. Denn zuvörderst leugnet er nur, mehr, als in der Klage namentlich aufgeführt sei, genommen zu haben; sodann, indem er das in der Klage aufgestellte Verzeichniß durchgeht, bestreitet er nur einerseits die Richtigkeit der Quantitäts-Bezeichnungen und andererseits die bei sämmtlichen Posten angesetzten Preise, indem es ausdrücklich heißt: „es wird bestritten, daß die Posten 1—8 den Gesammtwerth von fl. — haben". Allein

2. der Beklagte hat mit seiner Vernehmlassung ein Verzeichniß der angeblich nur von ihm sich angeeigneten Ullmann'schen

Waaren übergeben, sich darauf bezogen, und ausdrücklich gebeten, diese Anlage 3 als einen integrirenden Theil seiner Vernehmlassung zu betrachten, und in diesem Verzeichnisse fehlt der Posten 7 der Klage gänzlich. Wenn es nun gleich im Allgemeinen bedenklich sein möchte, anzunehmen, daß in allen Fällen, wo eine größere Anzahl verschiedener Posten eingeklagt ist, eine bestimmte Erklärung über die einzelnen in der Schrift selbst nicht erforderlich sei, sondern dem art. 34 der prov. Pr. Ordg. durch Bezugnahme auf eine von den Angaben in der Klage im Einzelnen abweichende, der Vernehmlassung beigefügte Aufstellung ein Genüge geschehe, so kommt doch im vorliegenden Falle zu Gunsten des Beklagten in Betracht:

a. daß in dem von ihm beigebrachten Verzeichnisse, worin, wie bemerkt, Nr. 7 der Klage nicht vorkommt, der Werth aller übrigen Gegenstände zu fl. — berechnet ist und daß Beklagter in der Vernehmlassung selbst diesen Werth als den aller angenommenen Gegenstände bezeichnet, so wie

b. daß er in seiner Duplik das Vorbringen in der Vernehmlassung ausdrücklich durch die Erklärung erläutert und vervollständigt hat, nur die in der Anl. 3 verzeichneten Waaren zu besitzen. Ist aber der Beklagte der Aneignung auch der elf Stück Cassinets nicht für geständig anzunehmen, so läßt sich auch der § 37 des J. R. A. nicht, wie von den vorigen Richtern geschehen, gegen ihn geltend machen, da in diesem Falle eine positive Erklärung, wie es sich mit diesem Posten, namentlich auch in Ansehung des Werths anders, als in der Klage angegeben worden, verhalte, nicht wohl von ihm abgegeben werden konnte. Sonach mußte auf Grund dieser Beschwerde — abändernd erkannt werden.

LXXX.

Anna Elisab. Fischer, geb. Klotz dahier, Klägerin
contra
Friedrich Boller aus Hattenheim, Beklagten.

Der Beklagte sollte am 4. Juli 1855 einen Eid leisten, erschien aber nicht im Schwörungstermin. Vor Insinuation des Contumacialerkenntnisses bat Beklagter um Anberaumung eines anderen Termins und als ihm dieses abgeschlagen wurde, begründete er ein Restitutionsgesuch. Dasselbe wurde vom

Stadtgerichte am 17. August 1855,

Appellationsgerichte am 5. December 1855

verworfen; dagegen wurde unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten erster Instanz und Compensation der Kosten zweiter u. dritter Instanz vom Oberappellationsgerichte am 29. April 1857 dahin reformirt, daß der Beklagte zu dem von ihm angebotenen Eide: „daß sein früherer Anwalt ihm den, auf den 4. Juli 1855 anberaumten Schwörtermin nicht mitgetheilt, vielmehr nach theilweisem Verlesen des stadtgerichtlichen Urtheils vom 11. Juni 1855 gesagt habe, er werde das Weitere mitgetheilt bekommen", zuzulassen sei; es wollte und könnte denn die Klägerin — — — darthun, „daß der Beklagte von dem auf den 4. Juli 1855 angesetzten Schwörungstermin anderweit Kenntniß erhalten habe", — und demnächst über die gebetene Restitution weiter zu erkennen sei, was Rechtens.

200. Begrenzung der purgatio contumaciae.

Der Beklagte hat sich principaliter darüber beschwert, daß es bei dem seine Verurtheilung in Folge versäumten Schwörungstermins aussprechenden Decret des Stadtgerichts vom 6. Juli 1855 belassen und nicht vielmehr seinem noch vor Insinuation

dieses Decrets angebrachten Antrage gemäß, ein neuer Termin zur Eidesleistung anberaumt worden sei.

Diese Beschwerde, welche vom Beklagten schon in voriger Instanz aufgestellt und in der sententia a qua zwar nicht ausdrücklich berührt worden, jedoch als implicite zurückgewiesen anzusehen ist, mußte als unbegründet verworfen werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Grundsatz, daß die Nachholung einer versäumten Proceßhandlung noch bis zu ergangenem Contumacial-Decret gestattet sei, auch auf Versäumniß einer zu persönlichem Handeln der Parthei bestimmten Tagfahrt angewendet werden könne. Denn jedenfalls war der Beklagte bereits durch die Terminsverhandlung vom 4. Juli 1855 in die Lage versetzt worden, die versäumte Eidesleistung nicht mehr ohne Restitution nachholen zu können. Die Zulassung einer purgatio contumaciae setzt ihrem Grunde nach voraus, daß es sich lediglich um das in dem Zeitablauf liegende formelle Hinderniß handle, daß im Uebrigen die Lage der Sache noch eine völlig unveränderte sei. Eine Nachholung kann daher auch ohne ergangenes Contumacial-Erkenntniß nicht mehr gestattet sein, sobald auf Grund der Versäumniß bereits weitere Proceßschritte geschehen sind, welche erst wieder rückgängig gemacht werden müßten oder doch ohne den Ungehorsamsfall nicht hätten vorgenommen werden können. Es folgt dies schon aus dem allgemeinen Satze, daß ein Ungehorsamer, sobald er thätig werden will, die Sache stets in dem Stand, in welchem sie gerade liegt, aufnehmen muß,

K. G. O. Th. III. tit. 46 § 1

und wird durch die Bestimmung des

Dep. Absch. v. 1600 § 88

noch besonders bestätigt, wie denn diese Begrenzung der purgatio contumaciae vom Oberappellationsgerichte schon früher anerkannt worden ist.

Da nun in dem Termine vom 4. Juli 1855 die Klägerin auf ihr Anrufen zur Ableistung eines Reinigungseides zugelassen worden ist, auf welchen es nur ankommen konnte, wenn der Beklagte den ihm über den Klaggrund deferirten Eid nicht leistete und welchen ihr auch das rechtskräftige Urtheil vom 11. Juni

1855 ausdrücklich nur für diesen Fall auferlegt hatte, so lag hierin ganz unzweideutig ein Schritt, bei welchem der Beklagte bereits als präcludirt behandelt wurde. Die Bestimmung des Urtheils, daß die Klägerin in der nämlichen Tagfahrt schwören sollte, berechtigte zu diesem Schritt, und es unterliegt daher keinem Zweifel, daß ihm dieselbe Wirkung wie einem Contumacial-Decret zuzuschreiben ist.

201. Restitution wegen versäumter Fristen und Tagfahrten. Deren Formalien. Einrede des andern Sachverhalts.

Eventuell hat der Beklagte sich — — darüber beschwert, daß ihm die erbetene Restitution abgeschlagen worden sei, und diese Beschwerde stellt sich als begründet dar. — Zwar war das in der Eingabe vom 7. Juni 1855 enthaltene Restitutionsgesuch nicht genügend substantiirt, da hier nur behauptet wurde, Beklagter müsse beim Verlesen des Urtheils vom 11. Juni durch seinen Anwalt den Schwörungstermin überhört haben, was in Ermangelung eines besonderen rechtfertigenden Umstandes eine eigene Verschuldung des Beklagten in sich schließen würde.

Allein das verbesserte Restitutionsgesuch vom 30. August 1855, dessen Inhalt der Beklagte in zweiter Instanz wiederholt geltend gemacht hat, mußte als an sich begründet anerkannt und der Beklagte zum Nachweis des darin angeführten Restitutionsgrundes zugelassen werden.

1. Zunächst kann dieses Restitutionsgesuch nicht als ein völlig neues angesehen werden, da es im Vergleiche zu der Eingabe vom 7. Juli 1855 nur eine berichtigte und vervollständigte Darstellung des schon dort geltend gemachten Vorganges enthält, deren nachträgliche Berücksichtigung von der Klägerin nicht beanstandet worden ist, und es steht ihm deßhalb ein nach Maßgabe des

Deput. Absch. vom 1600 § 86

anzunehmende Verspätung nicht entgegen, auch wenn man die Vorschrift dieses Reichsgesetzes auf eine Versäumniß von Tagfahrten ohne Weiteres anwenden will.

2. Was den Inhalt des Gesuches betrifft, so wird behauptet, der Anwalt sei im Vorlesen des Urtheils vom 11. Juni unter-

brochen worden und habe dem Beklagten, ohne daß dieser von dem angesetzten Schwörungstermine noch etwas erfahren gehabt, gesagt, er werde das Weitere mitgetheilt bekommen. Wenn sich die Sache so verhielt, so hatte der Beklagte, da das Urtheil nicht ihm, sondern seinem Anwalte eröffnet, auch nur dem Letzteren insinuirt worden war, auf dem ordnungsmäßigen Wege, nämlich durch seinen Anwalt, keine Kenntniß von dem Schwörungstermin erhalten, und durfte nach der schließlichen Zusage des Anwaltes abwarten, bis ihm weitere Mittheilung gemacht werden würde. Der Beklagte war also außer Stande, in dem Termine zur Eidesleistung zu erscheinen. — Die Einwendungen der Klägerin gegen diesen Restitutionsgrund sind unerheblich. Sie macht geltend:

a. die nunmehrige Darstellung stehe im Widerspruche mit dem Inhalte der Eingabe vom 7. Juli 1855 und enthalte einen Widerruf des dort abgelegten Geständnisses, welches nur binnen drei Tagen zuläßig gewesen wäre. Allein abgesehen davon, ob die Beschränkung des Widerrufs auf eine dreitägige Frist in einem Falle der vorliegenden Art anzuwenden sein möchte, ist in der Eingabe vom 7. Juli ein bestimmtes Geständniß, daß das Urtheil dem Beklagten vollständig vorgelesen worden sei, nicht zu finden; es ist nur als Vermuthung des Beklagten hingestellt, daß er den Schwörungstermin überhört haben müsse; was sehr wohl bedingungsweise gemeint sein konnte, wenn ihm die betreffende Stelle des Urtheils mit vorgelesen sein sollte. Die neuere Erzählung ist daher eine die speciellen Umstände des Vorgangs näher hervorhebende und eine verbessernde, aber keine widersprechende.

b. Auch nach der jetzigen Darstellung treffe den Beklagten ein Verschulden, weil er seinen Anwalt nach der geschehenen Unterbrechung nicht um Fortsetzung gebeten habe. Allein wenn der Beklagte bis zu der fraglichen Unterbrechung noch nichts von Anberaumung eines Schwörtermins vernommen hatte, so lag für ihn auch kein Anlaß vor, die Sache als eilig zu betrachten und auf sofortige Vollendung des Vorlesens zu dringen; vielmehr durfte er unbedenklich bei der Versicherung sich beruhigen, daß ihm das Weitere mitgetheilt werden solle.

c. Das Erbieten des Anwaltes zu dem Eide, daß er sich nicht

besinnen könne, ob er dem Beklagten den Termin mitgetheilt habe, sei keine genügende Bescheinigung des Restitutionsgrundes. Allein das Restitutionsgesuch enthält nicht bloß dieses allerdings unerhebliche Erbieten, sondern zunächst das Geständniß des Anwaltes, daß er an dem eingetretenen Versehen schuld gewesen sein müsse, und daneben das Erbieten des Beklagten selbst zur Ableistung des Restitutionseides, daß ihm der Schwörungstermin weder von dem Anwalte mitgetheilt, noch sonst zur Kenntniß gekommen sei. Jenes Geständniß und dieses Erbieten mußte den vorliegenden Umständen nach für die Zulassung des Gesuchs einstweilen genügen.

d. Dem Beklagten stehe die Rathsverordnung vom 20. Mai 1788, wonach bloße Unkenntniß eines Termins kein Restitutionsgrund sei, so wie § 15 der Rathsverordnung vom 22. Juli 1788 entgegen, indem die hier aufgestellten Erfordernisse einer Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse nicht vorlägen. Beide Verordnungen gehören indessen nicht hierher; die erstere deßhalb, weil sie die Wirkung der Edictalladung im Concurse betrifft und auf die Unkenntniß von Specialladungen nicht ausgedehnt werden kann; die zweite deßhalb, weil Restitutionsgesuche gegen Versäumnisse von Terminen und Fristen auch dann, wenn schon ein Contumacialbescheid hinzugekommen sein sollte, ihre Natur als Zwischenhandlungen behalten und nicht als Rechtsmittel **contra rem judicatam** zu behandeln sind.

Fr. S. Edel c. Helfrich 1846.
Junk c. Kyd 1853.

Hiernach kann es nur noch

3. auf den Nachweis des Restitutionsgrundes ankommen.

Nun hat die Klägerin nicht bloß die Wahrheit des Vorgangs, worauf der Beklagte sich stützt, in Abrede gestellt, sondern auch schon in erster Instanz speciell behauptet, es lasse sich beweisen, daß der Beklagte von dem Schwörungstermin Kenntniß gehabt habe, indem er in der öffentlichen Gerichtssitzung vom 11. Juni 1855 bei der Verkündigung des Urtheils (als Zuhörer) anwesend gewesen sei, auch später an Dritte erzählt habe, daß er am 4. Juli schwören solle.

Diese Behauptungen bieten zwar keinen Grund dar, den

Beklagten von der Zulassung zu dem angebotenen Restitutionseide auszuschließen, jedoch darf der Klägerin die Gelegenheit nicht entzogen werden, im gewöhnlichen Wege nachzuweisen, daß der Beklagte von der Mittheilung durch seinen Anwalt abgesehen, Kenntniß von dem anberaumten Schwörungstermin erhalten habe. Es mußte daher für angemessen erachtet werden, zu einem Beweise dieser Art unter Vorbehalt des beklagtischen Gegenbeweises vorerst eine Frist bestimmen zu lassen, dem eventuell eintretenden Restitutionseid aber folgeweise auf die Thatsache einzuschränken, daß dem Beklagten auf dem ordnungsmäßigen Wege, nämlich durch seinen Anwalt, der Schwörungstermin nicht mitgetheilt worden sei.

LXXXI.

Bachrich und Schlesinger in Wien (rectius in Nyctra Zsambokreth in Ungarn) Kläger

contra

Gerhard Schott vom Schaafhof bei Cronberg, Beklagten.

Bachrich und Schlesinger hatten der Handlung J. C. Schott Sohn zwei Parthieen Zunder geliefert. Auf den Rücken des Bestellbriefes vom 18. Dec. 1850 hatte Gerhard Schott am 28. Juni 1851 die Erklärung geschrieben „für die Restforderung aus vorseitiger Verbindlichkeit erkläre ich mich als Geschäftstheilhaber solidarisch mithaftend unter dem Bedingniß, daß die Zahlung erst nach drei Monaten gefordert wird.“ Bachrich und Schlesinger klagten nun gegen Gerhard Schott auf Bezahlung von fl. — —. Der Beklagte bestritt

1. die Activlegitimation der Kläger; ferner
2. behauptete er, daß seine Erklärung, wenn auch auf den

Bestellbrief vom 18. Dec. 1850 geschrieben, doch nur auf die erste, frühere Bestellung sich bezogen habe; endlich schützte

3. Beklagter die Einrede der pluspetitio vor.

Das Stadtgericht erkannte am 11. Oct. 1854

I. Kläger haben — darzuthun, entweder daß Joachim Bachrich Theilhaber der Handlung Bachrich und Schlesinger sei, oder daß Joachim Bachrich von der Handlung Bachrich und Schlesinger zum Abschluß des in der Klage derselben gegen die Handlung J. C. Schott Sohn erwähnten Verkaufsgeschäfts ermächtigt gewesen sei, — bei Vermeidung mit der erhobenen Klage angebrachter Maßen — — abgewiesen zu werden.

II. Für den Fall der Erledigung der vorstehenden Auflage ist Beklagter schuldig, den Klägern die Summe von fl. — — nebst Verzugszinsen zu bezahlen, auch zwei Drittel der Streitkosten zu ersetzen.

Auf beiderseitige Appellation erkannte unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten das Appellationsgericht am 20. Dec. 1854, daß die Condemnationssumme von fl. — — erhöht und die erste Alternative des der Klägerin auferlegten Beweises dahin bestimmt werde, daß Joachim Bachrich zur Zeit des von ihm bewirkten, hier in Frage stehenden Geschäftsabschlusses Theilhaber der Handlung Bachrich und Schlesinger gewesen sei.

Auf Oberappellation des Beklagten wurde unter Compensation der Kosten 2. und 3. Instanz, vom Oberappellationsgerichte am 29. April 1857 die Condemnationssumme auf fl. — — gemindert, es könnte und wollten denn Kläger — — darthun, daß gegen Ende Juni 1851 bei Feststellung des den Klägern aus den beiden durch J. Bachrich unterm 18. Dec. 1850 mit J. C. Schott Sohn zu Frankfurt abgeschlossenen Verkäufen von 39 resp. 38 Ballen Schwamm annoch zukommenden Restbetrags ihrer Forderungen vereinbart worden sei, sämmtliche bis dahin für bezogene Waaren geleistete Zahlungen zum Belaufe von fl. — — lediglich vom Factura,- resp. Fracht- und Spesen-Betrage des ersten Kaufgeschäfts in Abzug zu bringen, den Preis der davon noch restirenden 15 Ballen nur pro forma auf

fl. — — anzusetzen und dagegen für die restirenden 31 Ballen, des zweiten Kaufgeschäfts es bei dem für die ganze Parthie incl. Fracht und Spesen angesetzten Betrage von fl. — — zu belassen.

202. Uebernahme einer fremden Schuld. Auslegung der Haftübernahme.

Es ist, soviel die fragliche Erklärung Beklagtens betrifft, dahin lautend: „Für die Restforderung aus vorseitiger Verbindlichkeit erkläre ich mich als Geschäftstheilhaber solidarisch mithaftend, unter dem Bedingniß, daß Zahlung erst nach drei Monaten gefordert wird," zunächst so viel klar, daß

a. es für Aufrechthaltung der Klage und für den von den Klägern erzielten Zweck vollständiger Befriedigung an und für sich und abgesehen von den etwa nur gegen die eine oder die andere Klage zu erhebenden besonderen Einreden gleichgültig ist, unter welchen rechtlichen Gesichtspunct man das in jener Erklärung und deren Annahme liegende Rechtsgeschäft stellen könne oder wolle, und ob man den Beklagten so zu behandeln habe, wie wenn er von vorn herein an den fraglichen Käufen als Mitcontrahent sich betheiligt hätte, oder ob man die Zusage seiner Mithaft bloß als Intercession auffasse und ob man diese wieder als eigentliche Bürgschaft oder nur als einfaches **constitutum debiti**, wie Seitens des Stadtgerichts geschehen ist, zu bezeichnen vorziehe. In dem einen, wie anderen Fall ist die Klagbarkeit der dadurch übernommenen Verbindlichkeit außer Frage, und wie dies

b. der eigentliche Streit- und Zweifelpunct, ob gedachte, in ihrer Fassung nicht ganz klare und auf den vorstehenden Brief des J. C. Schott Sohn nur generell verweisende Erklärung sich auf alle beide darin erwähnten älteren Kaufgeschäfte oder nur auf eines und welches derselbe beziehe, resp. habe beziehen sollen.

Gegen jene von den Klägern vertretene Ansicht entsteht einiges Bedenken daraus, daß, obwohl der Brief vom 18. Dec. 1850 zwei gesonderte Geschäfte betrifft und neben dem bereits zu völligem Abschlusse gediehenen Verkauf von 39 Ballen noch eine neue Bestellung von erst später zu liefernden 38 Ballen enthält, doch die fragliche Erklärung sich nur der Singular-Form sowohl in Bezug auf den Ursprung („vorseitiger Verbindlichkeit") als in

Betreff des Gegenstandes („Restforderung") der durch solidarische Mithaft sicher zu stellenden klägerischen Ansprüche bedient hat. Auch kommt in Betracht, daß von der zweiten Bestellung zwar ein Theil schon im Januar 1851, der Rest aber erst Anfangs April und Mitte Mai geliefert worden ist, daß mithin für dieses gleichfalls auf drei Monate Ziel abgeschlossene Geschäft zur Zeit der Erklärung der Kaufpreis größtentheils noch nicht fällig war, nun aber der Schlußsatz, worin Beklagter bedingungsweise weitere dreimonatliche Befristung für die Zahlung verlangt, vorauszusetzen scheint, daß schon damals solche von den Klägern hätte gefordert werden können. Indessen läßt diese Schlußclausel ganz füglich sich dahin deuten, daß für die Zahlung, soweit sie dermalen schon und fernerweit zu verlangen stände, eine weitere Frist von je drei Monaten bedungen werde. Ferner ist bei der Allgemeinheit des Ausdrucks „vorseitiger Verbindlichkeit" die Uebernahme der Mithaft um so füglicher auf den Gesammtinhalt des Briefes vom 18. Dec. 1850 zu beziehen, weil einerseits bei Abnahme und Bezahlung der successiv aus den Frankfurtern Lagern zum Behuf der Fabrikation entnommenen Ballen keine Sonderung der verschiedenen Partieen stattgefunden hat, sondern der Bedarf an Rohschwamm bald von der einen, bald von der anderen, und zwar sogar ohne specielle Verzeichnung entnommen ist, darin aber sich zur Genüge kundgibt, wie man die mittelst gesonderter Kaufgeschäfte erworbene Waare allseitig als ein Ganzes angesehen habe, weil andererseits Beklagter in Betreff des auf seine Haftübernahme bezüglichen, zumeist die zweite December-Bestellung betreffenden Briefes von J. G. Schott Sohn vom 28. Juni 1851 zwar behauptet, daß ihm solcher unbekannt gewesen und absichtlich vorenthalten sei, dagegen von dem Inhalte des Briefes vom 18. Dec. 1851, welchem er jene Hafterklärung eigenhändig hinzufügte, Kenntniß gehabt zu haben, nirgends leugnet und nur ganz obenhin davon spricht, daß es nicht seine Intention gewesen sei, auch für die 2te Sendung eine Zahlungspflicht zu übernehmen. Dazu kommt der in der Erklärung vom Beklagten gebrauchte Ausdruck „Geschäftstheilhaber", welcher, mag er auch weder für sich allein vollen Beweis eines,

wie Kläger behaupten, bleibenden kaufmännischen Societätsverhältnisses zwischen Beklagtem und J. E. Schott Sohn zu liefern geeignet sein, noch völlig unvereinbar erscheinen mit der Behauptung Beklagtens, bloß an den betreffenden Käufen sich als Mitcontrahent betheiligt zu haben, doch jedenfalls darauf hinweist, daß Beklagter in dem Maße und Umfange eine solidarische Mithaft habe übernehmen wollen, wie wenn ihm das Handels- und Fabrikgeschäft mitgehörte, für welches die bei Klägern gemachte Ankäufe und Bestellungen von Rohmaterial bestimmt waren. Endlich dient auch die obenerwähnte Punctation vom 27. August 1852, welche, obschon von den Klägern nicht als Klagfundament geltend gemacht, gleichwohl zu deren Gunsten als Interpretationsmittel benutzt werden darf, der klägerischen Deutung jener Haftzusage zu einiger Unterstützung. Denn in diesem s. g. Vergleiche hat Beklagter für sämmtliche bei D. Kolligs lagernde Waare, welches aber die aus beiden December-Käufen noch nicht abgenommenen und bezahlten Ballen waren, die Zahlung des Restbetrags und zwar zu einem Betrage, welcher den Werth des geringen, aus der Parthie damals noch unbezogenen Waaren-Quantum's weit überstieg, als „alleiniger Schuldner" zugesagt, und weder Inhalt und Fassung des Documentes selbst, noch die damalige Geschäfts- und Vermögenslage des J. E. Schott Sohn kann irgend zu der Annahme berechtigen oder auch nur Veranlassung geben, daß Beklagter seine Mithaft nicht nur in eine alleinige Schuldverbindlichkeit habe umwandeln, sondern überdies auch quantitativ noch habe erweitern wollen.

Diesem Allen nach erscheint es gerechtfertigt, wenn in den vorderen Instanzen der Einwand Beklagtens, nur für den Restbetrag aus dem ersten Kaufgeschäfte vom 18. Dec. 1850 verhaftet zu sein, bei Seite gesetzt und über diese nur auf Folgerungen basirte, durch thatsächliche Momente überall nicht motivirte Behauptung demselben nicht einmal ein Beweis, für welchen es auch an jedem deßfallsigen Antrage fehlt, nachgelassen worden ist.

LXXXII.

Robert Bruns-Wüstefeld zu Rüdesheim, als Vertreter seiner minderjährigen Kinder, Kläger

contra

die Wittwe Caroline Adelheid Wüstefeld, geb. Offermann zu Rüdesheim, Beklagte.

Hofkammerath Joseph Wüstefeld starb im Juni 1854 zu Rüdesheim. In seinem Testamente hatte er seine Wittwe Caroline Adelheid Wüstefeld geb. Offermann in die Hälfte seiner Verlassenschaft als Erbin eingesetzt, während sie an der anderen Hälfte, in die seine Kinder eingesetzt wurden, den lebenslänglichen Nießbrauch erhalten sollte. Die Wittwe trat die Erbschaft ex testamento an und wurde von dem Justizamte zu Rüdesheim, vor welchem die Testamentseröffnung stattfand, in die eine Hälfte des Nachlasses immittirt und behielt die andere Hälfte als Nutznießerin in Händen. Der Ehemann einer verstorbenen Tochter des genannten Wüstefeld — Robert Bruns-Wüstefeld trat nun als Vertreter seiner beiden minderjährigen Kinder mit einer Klage gegen seine Schwiegermutter auf, in welcher er namentlich Errichtung eines Inventars über den J. Wüstefeld'schen Nachlaß, die Ableistung eines Manifestationseides und die Leistung einer usulfructuarischen Caution beantragte. Die Beklagte bestritt die Zuständigkeit der Frankfurter Gerichte und suchte die ausschließliche Competenz des Rüdesheimer Justizamtes zu begründen.

Das Stadtgericht wies wegen mangelnder Zuständigkeit durch Urtheil vom 11. April 1856 den Kläger mit seiner Klage unter Verurtheilung in die Kosten ab. Auf Appellation des Klägers wurde dieses Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 23. Juni 1856

Spruchcollegium zu Kiel (auf Antrag der Actenversendung von Seiten der Beklagten) am 7. Mai 1857.

203. **Forum domicilii.**

Kläger stützt die Zuständigkeit des Frankfurter Stadtgerichts auf die Behauptung, daß der verstorbene Ehemann der Beklagten bis zu seinem Tode in Frankfurt seinen Wohnsitz gehabt, welchen Beklagte seitdem nicht aufgegeben, daher sie jenes Gericht als ihr **forum domicilii** anzuerkennen habe. Nun ergibt zwar der Inhalt der Acten, daß Joseph Wüstefeld bis zum Jahr 1848 allerdings in Frankfurt seinen Wohnsitz gehabt hat, allein nicht minder, daß er seitdem seinen Wohnsitz zu Rüdesheim aufgeschlagen, während Kläger nichts anzuführen vermocht hat, woraus die Absicht, daneben den Frankfurter Wohnsitz beizubehalten, mit Sicherheit geschlossen werden könnte. Die Richtigkeit dieser Sätze erweist sich aus Folgendem.

I. Der Ehemann der Beklagten hat allerdings bis 1848 in Frankfurt seinen Wohnsitz gehabt. Beide Partheien erzählen nämlich übereinstimmend — —: in der Zeit von 1809 bis 1848 habe der Ehemann der Beklagten in Frankfurt gelebt und daselbst das Bürgerrecht unter Ableistung des Bürgereides im Jahr 1829 erworben. Ein bürgerliches Gewerbe habe er freilich in Frankfurt nicht betrieben, dagegen ist auch von einem auswärts an einem bestimmten Orte betriebenen Geschäfte, welches die ganze Thätigkeit desselben an diesen Ort gefesselt hätte, nirgends die Rede, wenngleich er bereits vor 1848 jährlich kürzere Zeit zu Rüdesheim sich aufhielt, wo er von seinem Vater ererbte Liegenschaften besaß. — — — Diese Thatsachen sind bereits hinreichend, um die Annahme eines Domicils zu Frankfurt jedenfalls bis zum Jahr 1848 zu rechtfertigen. Denn wenngleich die Länge des Aufenthaltes an einem Orte denselben nicht ohne Weiteres als Wohnsitz erscheinen läßt, so kommt doch im vorliegenden Falle die fast 40jährige Dauer dieses Aufenthaltes für jene Annahme um so mehr in Betracht, als von einem blos vorübergehenden Geschäfte oder Zwecke, welcher den beklagtischen Ehemann nach Frankfurt geführt hätte, nicht die Rede ist

Hellfeld jurisprud. forens. § 513

und außerdem die für sich allein freilich nicht, wohl aber in Verbindung mit obigen Thatsachen entscheidende Erwerbung des Bür-

gerrechts daselbst die Absicht klar stellt, Frankfurt als den Mittelpunct seiner Lebensthätigkeit aufzufassen.

Vgl. Carpzow proc. jur. tit. 3 art. 1 nte. 17
Archiv für civ. Praxis Bd. VII. p. 414

— — — In dem jetzigen Inhalt der Acten ist bereits genügend die Thatsache nachgewiesen, daß

II. Joseph Wüstefeld seit 1848 seinen Wohnsitz in Rüdesheim aufgeschlagen hat. Denn

1. es ist unbestritten, daß er vom Jahr 1848 an bis zu seinem Tode, 1854, in Rüdesheim gewohnt hat. Zwar begründet der bloße Aufenthalt für sich allein kein Domicil. — — Allein ebenso gewiß ist, daß das Zusammentreffen dieses Aufenthaltes mit der Absicht, den betreffenden Ort fortan zum Mittelpuncte der Lebensthätigkeit zu machen, den Wohnsitz begründet. Diese Absicht nun ist im vorliegenden Fall aus folgenden weiteren Umständen zu entnehmen.

2. Er wohnte daselbst seit 1848 mit seiner ganzen Familie. — — — Diese Begleitung der Familie, welche zugleich die Vornahme einer vollständigen häuslichen Einrichtung bedingt, wird aber mit Recht von den Rechtslehrern als eine wichtige Anzeige für die Absicht, daselbst den Wohnsitz aufzuschlagen, betrachtet.

Arch. für d. civ. Praxis Bd. VII. p. 414. 417.

3. Es kommt hinzu, daß er kurz vorher in jener Zeit sich in Rüdesheim das (nach seinen Vermögensverhältnissen) kostbare elterliche Wohnhaus zu vollem Eigenthume erworben hatte. — — — Der Erwerb dieses Wohnhauses läßt aber kaum einen Zweifel an der Absicht, daselbst seinen bleibenden Aufenthalt zu nehmen, um so mehr, als

4. die Bewirthschaftung des bei Rüdesheim belegenen Grundbesitzes fortan die wesentliche Lebensthätigkeit des Wüstefeld ausmachen sollte. — — — Als unterstützendes Moment für die Absicht des J. Wüstefeld fortan in Rüdesheim sein Domicil aufzuschlagen, kommt endlich

5. der Umstand in Betracht, daß er daselbst dem herzoglichen Justizamte am 18. Mai 1853, also über ein Jahr vor seinem

Tode, sein mit seiner Ehefrau gemeinschaftlich errichtetes Testament übergab, auch ebendaselbst kurz vor seinem Tode einen Nachtrag vor der dortigen Landoberschultheiserei hinzufügte. Denn wenngleich Kläger ganz richtig bemerkt, daß die Errichtung eines Testaments auch von einem ausständigen Gerichte geschehen könne, so ist doch ebenso gewiß, daß die Errichtung eines letzten Willens zu den wichtigen mit reifer Ueberlegung ausgeführten Rechtsgeschäften gehört, deren Vornahme daher, sofern nicht besondere, im vorliegenden Falle nicht vorhandene dringende Umstände entgegenstehen, an dem Orte des Domicils und unter Zuziehung des Richters, dem die Person des Testirers unterworfen ist, zu geschehen pflegt, da einestheils dadurch die Möglichkeit einer Rücknahme oder Abänderung, anderntheils die nach dem Tode gerichtlich vorzunehmenden Handlungen der Eröffnung und Erbschaftsregulirung bedeutend erleichtert werden.

Gegen die Annahme der Absicht, in Rüdesheim fortan sein Domicil aufzuschlagen, kann auch nicht geltend gemacht werden,

6. daß J. Wüstefeld daselbst weder Staatsbürger, noch Ortsbürger geworden ist. — — — Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß der Mangel des Staats- und Ortsbürgerrechts den Begriff des Domicils als Grundlage des Gerichtsstandes keineswegs ausschließt. Ebensowenig kann sich Kläger mit Grund darauf berufen,

7. daß J. Wüstefeld von dem Senate zu Frankfurt die Erlaubniß zu dem auswärtigen Wohnsitze unter Erfüllung der nöthigen Cautionen und Förmlichkeiten nicht erlangt hat, deren er als Ausbürger bedurft hätte. — — —

Muß es nach diesem, Allem des klägerischen Widerspruches ungeachtet, bereits jetzt als durch den Inhalt der Acten feststehend betrachtet werden, daß J. Wüstefeld seit 1848 seinen Wohnsitz zu Rüdesheim aufgeschlagen hat, so ist damit, falls nicht besondere Gründe entgegenstehen, zugleich erwiesen, daß er damals sein bisheriges Frankfurter Domicil aufgegeben hat. Denn der Begriff des Domicils als des Aufenthaltortes, wo Jemand den Mittelpunct seines bürgerlichen Daseins aufgeschlagen hat,

> ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit L. 7 C. de incol. (10, 39)

schließt zwar die Annahme eines mehrfachen Domicils derselben Person nicht, wie einige römische Juristen meinten, gänzlich aus, läßt sie aber doch als etwas nur selten Vorkommendes erscheinen;

et rerum est habere (sc. duobus locis domicilium) licet difficile est.

L. 27 § 2 D. ad municip. (50, 1)

cf. L. 5 L. 6 § 2 D. eod.

sofern nämlich nachgewiesen werden kann, das Jemand mehrere Orte ganz gleichmäßig als Centralpuncte seiner Geschäfte und Vermögensverhältnisse behandelt.

qui pluribus locis ex aequo negotietur (L. 5 cit.)

si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur (L. 6 § 2 cit.)

si quis instructus sit duobus locis aequaliter, neque hic quam illic minus frequenter commoretur (L. 27 § 2 cit.)

Hieraus folgern die Rechtslehrer mit Recht, daß das Aufschlagen eines neuen Wohnsitzes im Zweifel zugleich das Aufgeben des früheren in sich schließe;

Leyser med. ad. pand. rep. 72 m. 3

Archiv f. d. civ. Prax. Bd. VII. p. 419

eine Ansicht, die außerdem ihre Stütze in dem Sprachgebrauche der Quellen findet, wonach wegen dieses gewöhnlichen Zusammentreffens die Aufhebung des Wohnsitzes als Uebertragung bezeichnet wird.

L. 20 D. eod.

L. 1 C. eod. (10, 39)

Savigny System Bd. VIII. p. 63

LXXXIII.

Moritz Heeger, Wittwe geb. Metro, jetzt Johann Berth Ehefrau zu Coblenz, Klägerin

contra

J. A. Varrentrapp als General-Agenten der Lebensversicherungs-Gesellschaft für Gesunde und Kranke in London, Beklagten.

Moritz Heeger Wittwe verlangte klagweise die Auszahlung der Summe von fl. —, mit welcher sie das Leben ihres verstorbenen Ehemannes bei der Lebensversicherungs-Gesellschaft für Gesunde und Kranke in London versichert habe. Der Beklagte opponirte die Einrede der Täuschung, indem der Ehemann der Klägerin bei Abschluß der Versicherung nicht gesund gewesen, auch die auf die Gesundheitsverhältnisse des Versicherten in der Police enthaltenen Fragen falsch beantwortet worden seien, namentlich habe

a. der Versicherte in größter Armuth und Noth gelebt und nicht die Mittel besessen, die Prämie nach seiner Angabe zu entrichten und später deren halbjährige Zahlung fortzusetzen;

b. derselbe habe zur Zeit, als er den Versicherungs-Antrag gestellt, als Schwindsüchtiger das Zimmer nicht mehr verlassen können, im vorhergehenden Sommer am Blutspeien gelitten und nach der ihm später widerfahrenen Mißhandlung sei sein Zustand noch schlimmer geworden;

c. derselbe sei wegen seines liederlichen Lebenswandels aus der Schaffhausen'schen Fabrik entlassen worden;

d. derselbe habe zwar geantwortet, daß er keinen Arzt habe und gehabt habe, während er doch vor dem Versicherungs-Vertrage von den Aerzten Dr. Mayer und Dr. Eulenberg wegen Blutspeiens ärztlich behandelt worden sei.

Das Stadtgericht erkannte am 21. November 1855 den Beklagten für schuldig, der Klägerin die Prämie sammt Zinsen und Kosten zu bezahlen, er könnte denn — die vorstehend unter *a. b. c. d.* erwähnten Thatsachen rechtsgenügend darthun, worauf sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen weitere rechtliche Verfügung erfolgen solle.

Auf beiderseitige Appellation wurde unter Kostencompensation vom Appellationsgerichte am 5. März 1856 der Beweis auf die Thatsachen *b. c.* u. *d.* beschränkt. Auf weitere Apellation der Klägerin wurde unter Verurtheilung derselben in die Kosten das Urtheil des Appellationsgerichts vom Oberappellationsgerichte am 18. Mai 1857 bestätigt.

204. Einreden aus der Person des früheren Gläubigers bei Papieren au porteur.

Die Klägerin gründet ihren Antrag, den Beklagten mit Abschneidung der ihm nachgelassenen Beweise sofort zu verurtheilen — — zunächst darauf: die Einrede, daß der versicherte Heeger über seinen Gesundheitszustand und seine Lebensweise wissentlich unrichtige Angabe gemacht habe, und deßhalb die geschlossene Versicherung unverbindlich sei, dürfe der Klägerin als Besitzerin eines Interimsscheines, welcher eine auf den Inhaber gestellte Police vertrete, nach der besonderen Natur der Papiere au porteur gar nicht opponirt werden.

Was nun diesen Einwand betrifft, so kann es ganz unerörtert bleiben, in welchem Sinne im vorliegenden Falle der Beklagte die Police, welche der von ihm ertheilte Interimsschein vertritt, auf den Inhaber zu stellen zugesagt hat, so wie ferner, ob die Klägerin den gegenwärtigen Anspruch wirklich nur als Besitzerin des Interimsscheins oder kraft Successionsrechts erhoben hat, und ob überhaupt den auf Inhaber gestellten Lebensversicherungs-Policen die rechtliche Eigenschaft eigentlicher Papiere au porteur beiwohnt. Denn wollte und könnte man in allen diesen Beziehungen auch die der Klägerin günstigste Auffassung theilen, was übrigens dem größten Bedenken unterliegt, so würde gleichwohl der aus der Natur der auf den Inhaber lautenden Papiere hergenommene Einwand sich als ein unbegründeter darstellen.

Was Schuldverschreibungen, die auf den Inhaber lauten, von den auf den Namen gestellten unterscheidet, ist nicht, daß sie als Träger der **obligatio** zu betrachten sind, sondern daß der bloße Besitz des Papiers in der Regel genügt, um die Forderung aus dem Rechtsgeschäfte, welches das Papier beurkundet, wenn und insoweit eine solche existirt, geltend machen zu können, daß also mit anderen Worten der Besitz der Urkunde die Legitimation ersetzt. So allgemein daher auch von manchen neueren Schriftstellern der Satz aufgestellt wird, daß bei Papieren **au porteur** keine Einreden aus der Person des ursprünglichen Gläubigers oder anderer früherer Inhaber statthaft seien, so muß doch dieser theilweise auf einer von der obigen abweichenden Auffassung der rechtlichen Natur solcher Papiere beruhende Satz nothwendig einer Beschränkung unterliegen.

Daraus, daß der Inhaber eines solchen Papiers nicht nöthig hat, den Rechtstitel nachzuweisen, durch welchen das Forderungsrecht auf ihn übergegangen ist, folgt zwar mit Nothwendigkeit,

1. daß solche Einreden, welche gegen diesen Rechtstitel sonst geltend gemacht werden könnten, also namentlich die der **lex Anastasiana** hier hinwegfallen, so wie

2. daß der Schuldner solche Einreden, welche ihm etwa gegen den früheren Besitzer des Papiers, die Zwischenmänner, zugestanden haben möchten oder erst nach der Emission des Papiers erworben sind, dem gegenwärtigen Inhaber nicht opponiren kann.

Allein etwas Weiteres folgt daraus nicht.

Zwar dient das auf die Inhaber gestellte Schulddocument außer zur Legitimation des Inhabers auch zum Beweise des Rechtsgeschäfts, worüber es ausgestellt ist; allein darin findet zwischen solchen Papieren und den auf Namen gestellten kein Unterschied statt. Kann also der Rechtsbestand und die Gültigkeit dieses Geschäfts aus irgend einem Grunde angefochten werden, so kann eine dahin zielende Einrede dem durch den bloßen Besitz legitimirten Inhaber so gut, wie dem durch einen bestimmten Titel legitimirten Besitzer vom Schuldner opponirt werden.

Nun aber ist es schon nach allgemeinen Grundsätzen ausgemacht, daß bei Versicherungscontracten jedes Verfahren des Ver-

ſicherten, welches den Verſicherer zu einer falſchen und geringern Schätzung der von ihm zu übernehmenden Gefahr verleitet, ihn berechtigt, den Vertrag als ungültig anzufechten und ſich der Bezahlung der Verſicherungsſumme zu weigern. Ueberdies enthält das Formular der Declaration, welches im vorliegenden Falle die Grundlage des Vertrags bildet, dieſen Grundſatz in großer Allgemeinheit.

Hätte daher der Verſicherte Heeger gegen dieſen Grundſatz verſtoßen, ſo würde die ganze Verſicherung als ungültig angefochten werden können und der Einwand, daß der Klägerin keine Einreden aus der Perſon ihres Auctors entgegengeſetzt werden dürfen, iſt ein völlig unzutreffender, weil dieſer Auctor der Verſicherte ſelbſt iſt, der durch ſein Verfahren die Ungültigkeit des ganzen Verſicherungsvertrags bewirkt haben würde.

205. Verſicherungsvertrag. Verpflichtung des Verſicherten zur Anzeige ſolcher Umſtände, welche auf die Beurtheilung der Gefahr weſentlichen Einfluß üben.

Der Einwand, die angeblichen unrichtigen Angaben, aus welchen der Beklagte ſeine Einreden hergenommen, ſeien unerheblich, weil der Beklagte ohnehin den verſtorbenen Heeger nicht als einen Geſunden, ſondern als einen Kranken verſichert habe — — — iſt unbegründet. Zwar hat der Beklagte zugegeben, daß bei Abſchluß des Verſicherungsvertrags mit Heeger nicht die wahrſcheinliche Lebensdauer eines Geſunden, ſondern die eines Kranken zum Grunde gelegt ſei und aus dem in contumaciam für zugeſtanden zu erachtenden Verhältniſſe der in dieſem Falle berechneten Prämie zu derjenigen, welche nach dem Tarife der beklagtiſchen Geſellſchaft ein Geſunder vom Alter des Heeger zu zahlen gehabt haben würde, folgt allerdings, daß der Beklagte deſſen Geſundheitszuſtand nach dem Zeugniſſe des Dr. Schlegel in Coblenz für nicht unbedenklich erachtet, daß er vielmehr eine Dispoſition zur Schwindſucht bei ihm vorausgeſetzt hat. Allein dieſe Dispoſition kann bei einem Individuum im Allgemeinen vorhanden ſein und gleichwohl, wenn überall, doch namentlich bei geordneter Lebensweiſe oft erſt ſpät zur Entwicklung kommen und

die gegenwärtige Versicherung war nur auf fünf Jahren übernommen. Hat also der Versicherte — und dahin gehen die hauptsächlichsten dem Beklagten zum Beweise verstellten Behauptungen — zur Zeit, als er den Versicherungs-Antrag stellte, als Schwindsüchtiger das Zimmer nicht mehr verlassen können, schon im vorhergehenden Sommer an Blutspeien gelitten und durch eine ihm gewordene körperliche Mißhandlung eine Verschlimmerung seines Zustandes erfahren, ist er vor dem Versicherungs-Antrage wegen Blutspeiens successiv von mehreren Aerzten behandelt worden, so sagt es sich von selbst, daß der Beklagte, wenn ihm diese Thatsachen nicht verschwiegen worden wären, gerechtes Bedenken getragen haben würde, auf die Versicherung eines solchen Lebens so, wie geschehen, sich einzulassen. — — —

Die besonderen geltend gemachten Gründe gegen den Beweis ad. *c.* — — konnten für zutreffend nicht erachtet werden. Wenn die Klägerin sich nämlich

1. darauf beruft, daß das fragliche Factum ein völlig irrelevantes sei, so ist es freilich richtig, daß, wenn etwa nur bewiesen würde, daß der Versicherte wegen eines einzelnen Excesses aus der fraglichen Fabrik entlassen worden, dies ohne alle Erheblichkeit sein würde, indem es nur darauf ankommt, ob der Versicherte einem ausschweifenden liederlichen Leben in dem Grade sich hingegeben gehabt, daß es nachtheilig auf seine ohnehin zur Schwindsucht disponirte Constitution hat einwirken können. Da sich aber nicht voraussehen läßt, ob der nachgelassene Beweis der speciellen Thatsache nicht zu diesem relevanten Resultate führen wird, so konnte aus dem Gesichtspuncte der Irrelevanz die gänzliche Streichung des Beweises nicht erfolgen. — Eben deßhalb kommt es darauf, worauf

2. die Klägerin sich beruft, daß laut der Declaration über dieses specielle Factum keine Frage an den Versicherten gestellt worden ist, nicht an, da der Beklagte dasselbe nur als speciellen Beweisgrund dafür geltend gemacht hat, daß der Versicherte wahrheitswidrig seinen Lebenswandel als einen soliden bezeichnet habe.

Ueberhaupt kommt in dieser Beziehung in Betracht, daß das

Stadtgericht dem Beklagten die von ihm zu führenden Beweise cumulativ auferlegt und für den Fall, daß sie nicht alle sollten geführt werden, einen geeigneten Vorbehalt gemacht hat, so daß für die Klägerin kein Grund zur Besorgniß vorliegt, es werde das Stadtgericht, wenn der Beweis sub. *b.* und der damit zusammenhängende sub. *d.* sollte verfehlt werden, blos auf die Führung des Beweises sub. *c.* hin die Klage abweisen.

LXXXIV.

Ludwig Seeger zu Oberrad, Kläger

contra

Thomas Lack u. Cten daselbst, Beklagte.

Ludwig Seeger, Thomas Lack, Schultheiß Spicharz und Andre hatten dem Rechneiamte gegenüber die Accis-Erhebung in der Gemeinde Oberrad für die Jahre 1854 — 1856 in der Weise als Pächter übernommen, daß dieselben jährlich fl. 1380 in Quartalraten an das Rechneiamt zu zahlen und für deren richtige Zahlung Einer für Alle und Alle für Einen zu haften hatten. Von den Accispächtern durfte ein Gewinn nicht erzielt werden, vielmehr war die gedachte Summe unter Hinzurechnung von fl. 90 für Erhebungskosten von den Accispflichtigen der Gemeinde aufzubringen.

Ueber die Art und Weise der Repartition hatten sich unter den Pächtern im Jahre 1855 Differenzen erhoben. Ludwig Seeger war der Ansicht, daß sämmtliche accispflichtige Gegenstände eines jeden einzelnen Einwohners nach dem gesetzlichen Tarif angeschlagen, der Accisbetrag Aller zusammengezählt, die hierdurch sich ergebende Summe mit der aufzubringenden Summe von fl. 1470 verglichen und nach derjenigen Proportion, in welcher die erstere die letztere übersteige, der Beitrag eines jeden Einzelnen herabgesetzt werden müsse. Dagegen haben die Beklagten gemeinschaftlich mit dem Schultheißen Spicharz und

unter Widerspruch des Klägers am 27. März 1855 den Beschluß gefaßt, durch welchen sie, jedoch nur zum Zwecke einer auf dieser Grundlage mit den einzelnen Accispflichtigen zu treffenden Vereinbarung, von vorn herein gewisse Kategorien aufgestellt und in jeder derselben den dazu gehörigen Einzelnen bestimmte Bauschsätze zuwiesen, deren Summe dem aufzubringenden Betrag von fl. 1470 gleichzukommen habe.

Kläger verlangt nun mit seiner Klage, daß dieser Beschluß als willkürlich und gesetzwidrig aufgehoben werde.

Das Stadtgericht gab am 21. September 1855 den Beklagten auf, die Erhebung der Accise für die Jahre 1855 und 1856 nicht nach Maßgabe der Anlage C. zur Klage zur Ausführung zu bringen, während auf Appellation der Beklagten das Appellationsgericht am 21. November 1855 unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten erster Instanz und Compensation der Kosten zweiter Instanz den Kläger mit der erhobenen Klage abwies. Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Klägers unter Verurtheilung desselben in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 18. Mai 1857 bestätigt.

206. Gesellschaftsvertrag. Jus prohibendi des socius beschränkt auf ein facere, das mit einem damnum oder einer laesio verbunden ist.

I. Kläger bezweckt mit seiner Klage — wie er dies noch in gegenwärtiger Instanz ausdrücklich erklärt hat — zunächst im öffentlichen Interesse, mit dessen Wahrung er durch den fraglichen Pachtvertrag beauftragt sei, es zu verhindern, daß von der Majorität der Accispächter ein Verfahren eingeschlagen werde, welches mit der Pflicht der Letztern, für eine gleichmäßige, der Billigkeit entsprechende Vertheilung der Beiträge zu sorgen, im Widerspruch stehe.

Es ist jedoch klar, daß dieses Interesse kein privatrechtliches, also zur Verfolgung mittelst einer Civilklage nicht geeignet ist. Kläger glaubt das Gegentheil deßhalb annehmen zu können, weil es sich hier um ein Geschäft handle, hinsichtlich dessen er mit den Beklagten in einem Vertrags- und zwar einem Societäts-Verhältnisse stehe. Allein es ist allgemein anerkannt, daß Gegenstände obligatorischer Verträge nur

Handlungen sein können, welche sich auf einen **Vermögenswerth** zurückführen lassen,

Puchta Pand. §. 220. nte. 3.

Savigny Oblig. R. I. p. 9.

und folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß als Verletzung eines bestehenden Obligationsverhältnisses auch nur solche facta in Betracht kommen können, durch die das vermögensrechtliche Interesse des anderen Theiles beeinträchtigt wird. Daß sich die Sache beim Societäts-Vertrag anders verhalte, daß hier dem Gesellschafter ein mittelst einer Civilklage verfolgbares Einspruchsrecht gegen Handlungen seiner Genossen zustehe, die sein vermögensrechtliches Interesse gar nicht berühren, ist nach allgemeinen Rechtsprincipien nicht anzunehmen und läßt sich auch aus der Analogie von

L. 28. D. commun. div. (10, 3.)

nicht deduciren. Denn wenngleich im Eingange dieser Stelle ganz allgemein von einem „quidquam facere invito altero" und dem gegenüber von einem jus prohibendi die Rede ist, so geht doch aus dem weiteren Verlaufe hervor, daß nur an ein facere gedacht wird, welches mit einem „damnum", einer „laesio" für den anderen Theil verbunden ist; und so wird auch die Stelle von den Auslegern verstanden.

Glück Commentar XI. p. 134. 137. ss.

Es kommt hiernach gar nicht darauf an, ob das Verfahren der Beklagten an sich dem Land-Accisgesetze vom 16. Juli 1839, resp. den Grundsätzen der Billigkeit entspricht, sondern fragt sich lediglich

II. ob und in wie weit Kläger sein **privatrechtliches Interesse** — und dies kann nach der Erörterung unter I. hier nur ein **vermögensrechtliches** sein, — zum Gegenstande des Rechtsstreites gemacht habe, resp. ob in dieser Beziehung die Klage für begründet zu achten sei.

1. In der Klagschrift ist ein derartiges Interesse des Klägers gar nicht zur Sprache gebracht. — — —

2. — — — Wollte man aber auch annehmen, Kläger habe wenigstens in der Replikschrift eine Gefährdung seiner vermögens-

rechtlichen Interessen zur Sprache gebracht, — — — so könnte auch das zur Aufrechthaltung der Klage nicht führen. Denn

a. würde dieses zuerst in der Replik geltend gemachte, neue Klagfundament eine Klagänderung involviren, welche — da Beklagte dagegen protestirt haben — nicht zugelassen werden könnte, und

b. hat Kläger gar nicht behauptet, daß er jene vermeintliche Gefährdung seines vermögensrechtlichen Interesses bei den betreffenden Verhandlungen zur Sprache gebracht und darauf seinen Widerspruch gegen den Beschluß der Beklagten gegründet habe, während sich doch — nach der Erklärung der Letzteren — voraussehen läßt, daß, wenn hierin der eigentliche und einzige Grund der Differenz gelegen hätte, die Beklagten zur Zufriedenstellung des Klägers bereit und im Stande gewesen sein würden. Endlich aber ist jedenfalls

c. die fragliche Gefahr jetzt als gänzlich beseitigt anzusehen, da die Beiträge von sämmtligen Betheiligten bezahlt sind und die ganze Summe von fl. 1380 für das Jahr 1855 — um welches es sich in dem gegenwärtigen Processe allein handelt — an das Rechnei- und Rentenamt abgeführt worden ist.

LXXXV.

Philipp Jacob Fay dahier, Kläger u. Widerbeklagter

contra

Johann Martin Christoph Hackh und Johann Georg Schott, Beklagte u. Widerkläger.

Der Verpächter des Gasthofes zum Schwanen Ph. J. Fay klagt aus dem Pachtvertrage gegen seine Pächter Hackh u. Schott den am 1. Juli 1854 fälligen halbjährigen Pachtzins sammt 5 Procent Verzugszinsen aus. Beklagte stellen mehrere Gegenforderungen auf, namentlich hätten sie

1. eine Reihe von Reparaturen, die dem Eigenthümer obgelegen hätten, machen lassen;

2. wäre der Gasthof in einem so vernachlässigten baulichen Zustande, daß sie in ihrem Geschäftsbetriebe einen Schaden von fl. — erlitten hätten.

Beklagte machen diese Forderungen compensando u. reconveniendo geltend. Kläger bestreitet die Zulässigkeit der Compensation des liquiden Pachtzinses mit den illiquiden beklagtischen Forderungen. Kläger schützt ferner die Replik des Verzichtes vor. Außer der eben erwähnten Compensationsfrage handelt es sich nämlich hauptsächlich um Auslegung des §. 6 des Pachtvertrages, der folgendermaßen lautet: „Alle Hauptreparaturen, das heißt solche, welche das Fundament, auch Dach und Fach im Ganzen angehen u. während des Laufes dieses Contracts in Ansehung des Gasthauses oder der dazu gehörigen Gebäulichkeiten nöthig werden sollten, nicht minder die sonst dem Eigenthümer gesetzlich obliegenden Reparaturen, sollen von dem Herrn Verpachter, dessen Gattin und Erben, auf das erste Ansuchen der Pächter sogleich vorgenommen werden, hingegen alle und jede in dem Hause vorfallenden Nebenreparaturen, als die der Thüren, Fenster, Fußböden, Weißen, allen und jeden Anstrich, das Pflaster im Hofe, sowie auch das Platten im Hause, und allen durch das Bewohnen entstehenden Schaden im Hause, alswie auch die gewöhnlichen Dachbesteigungen, Schornsteinfeger und Fege der Abtritte haben die Pächter zu tragen. Bezüglich der Rückgabe der verpachteten Gebäulichkeiten am Ende der Pachtung wird angenommen, daß die Pächter als ordentliche Hausväter während der Pachtzeit die ihnen obliegenden Nebenreparaturen vorstehender Maßen stipulirt vornehmen lassen und die gepachteten Localitäten in einem brauchbaren Zustande zurückgeben werden, u. es soll daher kein Theil an den anderen wegen Reparaturen und Verwendungen in die Gebäulichkeiten Entschädigungsansprüche oder Forderungen machen können. Der Herr Verpachter behält sich vor, jedes Jahr eine Besichtigung mit Sachverständigen im Hause vorzunehmen, um sich zu überzeugen, daß von den Pächtern nach Inhalt des Contracts verfahren werde und daß auch die Pächter im Hause keine Hauptveränderungen

oder sonstige Einrichtungen vorgenommen haben, indem solche ohne Einwilligung des Verpachters zu keiner Periode der Pachtzeit vorgenommen werden dürfen."

Die beiden ersten Instanzen verurtheilten die Beklagten zur Zahlung des Pachtzinses, während die dritte Instanz, die Pachtzinsforderung für liquid erkannte, die Verurtheilung jedoch bis zur Entscheidung über die in der Widerklage auferlegten Beweise aussetzte. In der Widerklage wurden den Beklagten mehrere Beweise nachgelassen, die in den drei Instanzen verschiedene Fassung erhielten. Die Kosten beider oberen Instanzen wurden compensirt mit Ausnahme der Kosten der beim Appellationsgerichte von den Beklagten beantragten Actenversendung. Die Urtheile wurden abgegeben vom

Stadtgerichte am 15. Nov. 1854,
Spruchcollegium zu Bonn am 2. Oct. 1855,
Oberappellationsgerichte am 20. Mai 1857.

207. Compensation illiquider Gegenforderungen liquiden Ansprüchen gegenüber.

(Vergl. Bd. II. Nr. 94. Nr. 142.)

Kommt es somit darauf an, ob die Gegenforderungen der Beklagten, ihrer Illiquidität ungeachtet, im Wege der Compensation zuzulassen waren, so fragte sich vor Allem

a. ob dies nicht, wie die Beklagten behaupten, schon deßhalb hätte geschehen müssen, weil der Kläger in der Replik eine Verweisung **ad separatum** nicht beantragt hat. Diese Frage mußte indessen verneint werden. Denn nimmt man auch an, daß der Kläger sich durch das Unterlassen eines solchen Antrags der gleichzeitigen Verhandlung über die Gegenforderungen unterworfen habe, so war dies doch schon deßhalb von ihm gar nicht zu vermeiden, weil die Gegenforderungen zugleich im Wege einer mit der Exceptionsschrift verbundenen Widerklage geltend gemacht worden sind. Es folgt daher hieraus nicht, daß der Kläger auch darauf verzichtet habe, unbeschadet des Fortgangs der übrigen Verhandlungen die Zuerkennung der liquid gestellten Klagforderung zu verlangen, und es läßt sich nicht behaupten, daß dieses Verlangen gerade an den Zeit-

punkt der Replik gebunden sei. Eine formelle Nothwendigkeit, die Verurtheilung in der Vorklage noch auszusetzen, lag hiernach nicht vor, womit indessen eine Mitberücksichtigung des Umstandes, daß der Kläger in erster Instanz sich darauf beschränkt hat, die Gegenforderungen als materiell unbegründet zu bekämpfen, bei dem für die Zulassung der Compensation maßgebenden richterlichen Ermessen nicht ausgeschlossen wird.

b. Auch die weitere Behauptung der Beklagten, daß die in L. ult. § 1 C. de compens. (4,31) aufgestellte Regel bei dem Pachtverhältnisse wegen dessen specieller Natur eine Ausnahme erleidet, indem die Gegenforderungen des Pächters, namentlich für Verwendungen in das Pachtgut, sowohl gemeinrechtlich, als nach der Bestimmung der Reform. II tit. 14 § 12 ohne alle Rücksicht auf Liquidität mit dem Pachtzinse compensirt werden dürften, konnte nicht für begründet erachtet werden, denn weder die Bestimmungen des gemeinen Rechts, noch die erwähnte Stelle der Reformation enthalten in dieser Beziehung etwas Singuläres für das Pachtverhältniß, sondern nur eine Anwendung der allgemeinen Regel von der Zulässigkeit des Compensirens, und die Frage, was processualisch erfordert werde, um von der Compensation mit Erfolg Gebrauch zu machen, wird in ihnen gar nicht berührt. Eine nähere Motivirung hierfür ist aber entbehrlich, weil der Beschwerde der Beklagten aus einem anderen Grunde entsprochen werden mußte. Es konnte nämlich

c. in der Anwendung der L. ult. cit. auf den vorliegenden Falle der Ansicht des vorigen Urtheils nicht beigepflichtet werden. Wie der Inhalt dieser Stelle, in seinem ganzen Zusammenhange aufgefaßt, ergibt, enthält dieselbe keine absolute Vorschrift über Unzulässigkeit illiquider Compensationseinreden gegen eine liquide Klage, sondern sie stellt in dieser Beziehung nur eine Regel auf, deren nähere Anwendung dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben und vermöge dessen die Unbilligkeit für den Kläger vermieden werden soll, durch weitaussehende Gegenansprüche in dem Erfolge einer liquiden Klage aufgehalten zu werden. Geht man hiervon aus, so läßt sich nicht verkennen, daß die Art und Entstehung der Gegenforderungen hierbei von erheblicher Bedeutung ist.

Während da, wo eine Gegenforderung mit der Klage in keinem Zusammenhange steht, jene Unbilligkeit fast immer evident hervortreten wird, wenn nicht die voraussichtliche Kürze und Einfachheit der noch erforderlichen Beweisaufnahme eine Ausnahme begründet, läßt sich ein Gleiches da, wo der Anspruch des Beklagten aus dem nämlichen Rechtsgeschäfte herrührt, aus welchem geklagt worden ist, nicht behaupten. Vielmehr kann es für den Kläger, der den ordentlichen Proceß erwählt hat, im Allgemeinen nicht als beschwerlich gelten, wenn das einmal eingeleitete Verfahren benutzt wird, um eine umfassende Erledigung der wechselseitigen Ansprüche aus dem streitigen Geschäfte herbeizuführen und als schließliches Ergebniß zu bestimmen, welche Parthei und wie viel sie der andern noch herauszugeben habe; auch würde hier die durch Verweisung ad separatum bewirkte Trennung zusammengehöriger Streitpunkte meistens eine unnöthige Vervielfältigung und Erschwerung der Processe veranlassen. Das richterliche Ermessen wird daher in diesem Falle die Gegenansprüche eher zur Compensation zuzulassen und nur aus besondern Gründen z. B. wegen unverhältnißmäßiger Weitläufigkeit ihres Beweises oder anscheinender Unwahrscheinlichkeit ihres Bestehens, aus dem Processe auszuscheiden haben.

Mit dieser Unterscheidung stimmen auch die Präjudicate des Oberappellationsgerichts in Frankfurtischen Rechtssachen, näher betrachtet, überein. Allerdings ist immer angenommen worden, daß die Vorschrift der L. ult. cit. auch im ordentlichen Processe und auch da, wo Gegenforderungen ex eodem negotio in Frage stehen, anwendbar sei; aber ebenso bestimmt wurde für die Anwendung selbst das richterliche Ermessen als maßgebend erklärt und für dieses wieder der Umstand, ob die Gegenforderungen ex eodem negotio herrührten, als einflußreich anerkannt.

Vgl. du Fay c. Bernhard 1831
Jäger c. Zimmermann 1841
Schmidt c. Kitz 1842.

Insbesondere wurde in der Sache
Goldschmidt c. Rymenans 1840
ausgesprochen, die Regel der L. ult. cit. pflege bei Gegenfor-

derungen ex eodem negotio nicht leicht mit aller Strenge angewandt zu werden, und in der Sache

Wiemer c. Stadtkämmerei 1845,

der Richter habe zwar auch in diesem Falle die Befugniß, die Gegenansprüche nach seinem Ermessen ad separatum zu verweisen; die hier fragliche Gegenforderung sei aber nicht einmal connex. Wenn daher in der Sache

Strunk c. Rolffs u. Comp. (Bd. I. n. 142 p. 299)

gesagt worden ist, man sei stets der Ansicht gefolgt, daß eine illiquide Gegenforderung, selbst wenn sie mit der Klage auf demselben Rechtsgeschäfte beruhe, nicht zur Compensation gebracht werden könne, so ist diese Aeußerung aus den vorstehend erwähnten und ausdrücklich in Bezug genommenen Präjudicaten zu erklären, und wie dadurch überhaupt nur die Anwendbarkeit der L. ult. cit. auf Fälle solcher Art wiederholt anerkannt werden sollte, so hat auch die Entscheidung selbst lediglich auf der concreten Beschaffenheit des Falles beruht.

Im vorliegenden Falle nun waren besondere Gründe gegen die Zulassung der Compensation nicht vorhanden. Rücksichtlich der ersten, auf Ersatz aufgewendeter Reparaturkosten gerichteten Gegenforderung ist nicht nur die Verausgabung der berechneten Beträge außer Streit, sondern, soweit der Anspruch überhaupt für rechtlich begründet zu erachten ist, kommt es auch nach der unten folgenden Ausführung bei den meisten der fraglichen Reparaturen nur noch darauf an, ihre Nothwendigkeit nachzuweisen. Weit weniger Anschein hat allerdings die zweite auf Entschädigung gerichtete Gegenforderung; abgesehen indessen davon, daß wenigstens der mangelhafte bauliche Zustand des Hauses durch [8] der Stadtgerichtsacten einiger Maßen bescheinigt ist, mußte hier doch schon der Zusammenhang mit der ersten Gegenforderung von einer verschiedenen Behandlung beider abhalten. Ueberdies kommt aber der schon oben erwähnte Umstand hinzu, daß der Kläger in erster Instanz die Illiquidität als Grund zur Versagung der Compensation gar nicht geltend gemacht hat.

Hiernach war das Verlangen der Beklagten, ihre Verurtheilung noch ausgesetzt zu sehen, begründet, und blieb nur übrig, die For-

derung des Klägers für liquid zu erklären, wobei auch die Proceßzinsen unbedenklich schon jetzt festgestellt werden konnten, ohne daß es wegen ihres Wegfallens, soweit die Hauptforderung sich demnächst durch Compensation getilgt herausstellen sollte, als selbstverständlicher Rechtsfolge eines ausdrücklichen Vorbehalts bedurfte.

208. Pachtvertrag. Verzicht auf gegenseitige Entschädigungsansprüche wegen Reparaturen und Verwendungen in die Gebäulichkeiten.

Anlangend den Anspruch der Beklagten auf Erstattung der von ihnen aufgewendeten Reparaturkosten, so hängt die Beurtheilung der beiderseitigen Beschwerden vorzugsweise von der Auslegung des § 6 des Pachtvertrags ab und zwar kommt es hierbei auf zwei Punkte an: auf den in diesem Paragraphen ausgesprochenen Verzicht und auf die vereinbarte Austheilung der Reparatur-Verbindlichkeit zwischen beiden contrahirenden Theilen. Eine dritte Frage, ob etwa der Ersatzanspruch der Beklagten durch vergebliche Aufforderung des Klägers zu jeder einzelnen, ihrerseits besorgten Reparatur als bedingt anzusehen gewesen wäre, bedarf keiner Entscheidung, da der Kläger die darauf gerichtete Beschwerde voriger Instanz gegenwärtig nicht wiederholt hat.

In der ersteren Beziehung nun unterliegt soviel keinem Zweifel, daß der Verzicht ein wechselseitiger ist, da ausdrücklich gesagt wird, kein Theil solle an den anderen wegen Reparaturen und Verwendungen Entschädigungsansprüche oder Forderungen machen können. Das vorausgeschickte Motiv: die Pächter würden als ordentliche Hausväter die ihnen obliegenden Nebenreparaturen vornehmen, paßt zwar dem Anscheine nach nur zu einem Verzichte des Verpachters, kann aber an der vollen Geltung des klar ausgesprochenen beiderseitigen Verzichts nichts ändern und findet seine Erklärung darin, daß man entweder die entsprechende Voraussetzung, auch der Verpachter werde seinen Verbindlichkeiten in gleichem Maße nachkommen, schon durch die weiter vorausgehende Stelle gewahrt hielt, wo es heißt, die demselben obliegenden Reparaturen sollten auf das erste Ansuchen der Pächter sogleich vorgenommen werden, oder daß man das fragliche Motiv in dem ausdehnenden Sinne auffaßte, die Pächter würden

hinsichtlich der zu beschaffenden Nebenreparaturen weder zu wenig, noch zu viel thun. Nicht so ausgemacht ist der objective Umfang des Verzichts, indem sich wohl der Zweifel aufwerfen läßt, ob die Absicht der Contrahenten auf alle, also auch nothwendige, oder nur auf nützliche Verwendungen gegangen sei. Indessen bedarf es hierüber keiner Entscheidung, da in Uebereinstimmung mit der sent. a qua angenommen werden mußte, daß der ganze Verzicht sich nur auf den Fall der Rückgabe des Gasthauses am Ende der Pachtzeit beziehe. Im Allgemeinen genügt in dieser Hinsicht eine Verweisung auf die im vorigen Urtheile ausgeführten Gründe.*)

*) Wie weit man auch generell gehaltene Verzichte für juristisch statthaft und wirksam erachten mag: der Satz liegt in der Natur der Sache und wird im gemeinen Rechte wiederholt bestimmt anerkannt, daß Verzichte strict zu interpretiren sind, nicht allgemeiner gefaßt werden dürfen, als in den Worten der consensus sicher hervortritt. — — Zuvörderst wird nun in den betreffenden Worten des art. 6 das sogenannte Vertrauensvotum explicite nur den Pächtern, nicht dem Verpächter ausgestellt, so daß der Satz: „es soll daher kein Theil den andern" u. s. w. eigentlich nicht schlüssig ist, sondern nur dann als wirklicher Folgesatz erscheint, wenn man zu dem Vorhergehenden das nicht bestimmt Ausgesprochene hinzudenkt, daß alles, was die Pächter für Reparaturen thun und verwenden, auch angesehen werden solle, als nur in Erfüllung der ihnen obliegenden Verbindlichkeit geschehen und verwandt, so daß sie sich nie sollten darauf berufen dürfen, wie sie gegenwärtig thun, es sei etwas, was dem Verpächter obgelegen, von ihnen an seiner Statt ausgeführt. — Sodann aber bezieht sich der ganze Passus bestimmt nur auf die Rückgabe „am Ende der Pachtung"; und man verpflichtet sich, in dem Vertrauen, daß während der laufenden Pachtzeit die Verbindlichkeiten rücksichtlich der Reparaturen gehörig werden erfüllt werden, bei dieser Beendigung nicht mehr zurückgreifend Reclamationen deßwegen zu machen; daß man sich aber in seinem Vertrauen schon während des Laufes der Pachtzeit werde getäuscht sehen können, die Vorstellung dieser Möglichkeit ist so wenig von vorn herein ausgeschlossen, daß sich vielmehr Verpächter sogar am Schlusse des art. 6 ausdrücklich vorbehält: „jedes Jahr eine Besichtigung mit Sachverständigen im Hause vorzunehmen, um sich zu überzeugen, daß von den Pächtern nach Inhalt des Contracts verfahren werde". Da man nun selbstverständlich sich für solche Fälle nicht alles Rechtsschutzes von vorne

Insbesondere ist es entscheidend, daß der ganze Satz, in welchem der Verzicht enthalten ist, schon nach seinen Anfangsworten sich nur als eine für den Fall der Rückgabe des Gasthauses am Ende der Pachtung getroffene Verabredung kund gibt und der Verzicht selbst als eine Folgerung aus dem d a n n anzunehmenden Zustande hingestellt worden ist. Auch würde es alle Wahrscheinlichkeit gegen sich haben, daß die Pächter sich der Nothwendigkeit unterworfen haben sollten, mit jeder noch so dringenden Reparatur zu warten, bis der Verpachter sie auf Anforderung beschafft haben oder im Wege des Processes dazu genöthigt sein werde. Man müßte daher voraussetzen, daß entweder für Nothfälle eine Ausnahme hätte gelten oder schon die an den Verpachter gestellte Anforderung genügen sollen, um den mit der Reparatur vorschreitenden Pächtern ihr Regreßrecht zu sichern. Weder zu der einen, noch zu der anderen Voraussetzung gibt aber der § 6 des Contracts, zumal da die Anforderung der Pächter nur als eine Befugniß derselben erwähnt worden ist, die mindeste Veranlassung.

Wenn übrigens der Kläger in jetziger Instanz abermals zu deduciren versucht, die jetzige Sachlage, wo die Beklagten ihre Reclamationen erhöben, nachdem sie über die baldige Beendigung der Pachtung und die damit eintretende Nothwendigkeit der Rückgabe des Gasthauses bereits Gewißheit erlangt hätten, stehe dem vertragsmäßigen Fall der wirklichen Rückgabe des Gasthauses am Ende der Pachtzeit ganz gleich, so ist dies ohne Grund. Selbst wenn die beiden Fälle dergestalt einander gleich wären, daß die Motive des Verzichtes auf den einen so gut paßten, als auf den andern, so würde der Verzicht dennoch, bei der Unzulässigkeit einer ausdehnenden Erklärung desselben, auf den im Vertrage nicht ausdrücklich vorgesehenen Fall nicht angewendet werden dürfen.

---

herein begeben wollte, bei Beendigung der Pacht und Rückgabe der Gebäulichkeiten aber ausdrücklich darauf verzichtete, Reclamationen zu machen, so schloß man nicht nur nicht aus, sondern bezeichnete implicite als den einzigen offen gelassenen Weg, daß Ansprüche der Art n o c h w ä h r e n d l a u f e n d e r P a c h t z e i t geltend gemacht werden müßten. Damit bis zum letzten Jahre dieser Zeit zu warten, stand dem Vertrage nicht entgegen.

Es läßt sich aber auch keineswegs behaupten, daß die fraglichen beiden Fälle im Sinne der Contrahenten sich ganz gleich gestanden haben müßten, vielmehr liegt es sehr nahe, daß gerade das entscheidende Gewicht auf die wirkliche Rückgabe des Pachtobjectes gelegt worden sein kann, welche einen bestimmten und unzweifelhaften Abschluß für alle bis dahin nicht erhobenen Reclamationen bildete und namentlich für die Pächter ein thatsächliches Aufgeben ihres Retentionsrechtes wegen etwaiger Verwendungen in sich schloß.

In Ansehung des anderen Punctes, der Vertheilung der beiderseitigen Verbindlichkeit zu Reparaturen, mußte im Uebrigen der Ansicht des vorigen Urtheils ebenfalls beigepflichtet, hinsichtlich des Umfanges jedoch, in welchem die den Pächtern zur Last gelegten Nebenreparaturen aufzufassen sind, ein bestimmteres Ergebniß, und zwar im Allgemeinen zu Gunsten des Klägers und nur in einem Punkt — — — zu Gunsten der Beklagten gezogen werden. Die Reparaturpflicht des Verpachters tritt allerdings nicht bloß bei den in Eingange des §. 6 des Pachtvertrages speciell genannten Gegenständen (Fundament, Dach und Fach im Ganzen) ein, sondern erstreckt sich nach den weiter folgenden Worten, welche zu einer beschränkenden Auslegung nach keiner Richtung hin Anlaß geben, überhaupt auf alle dem Eigenthümer (Vermiether) gesetzlich obliegenden Reparaturen, und unter diesen müssen ohne Zweifel auch die durch etwaige locale Observanzen dem Vermiether zugewiesenen verstanden werden. — Die Bestätigung der gesetzlichen Reparaturpflicht des Verpachters bildet aber nur die Regel, welche selbstverständlich da zurückstehen muß, wo der Vertrag abweichend hiervon specielle Obliegenheiten des Pachters festsetzt. Unverkennbar ist dies nun in dem zweiten, mit „hingegen alle und jede" ꝛc. anfangenden Theile des Satzes geschehen, wie denn auch eine solche Erweiterung der Pflichten des Pachters bei der besonderen Natur des Pachtobjectes sehr erklärlich ist.

Die Einzelheiten nämlich, welche nach dem Worte „Nebenreparaturen" als besonders unter diesen Begriff fallend aufgeführt werden, lassen sich nicht so auffassen, als seien damit blos gewöhn-

liche oder präsumtive Veranlassungen zu Nebenreparaturen angedeutet, sondern nur dahin, daß die darin bezeichneten baulichen Herstellungen unbedingt zu Lasten der Pächter gestellt werden sollten. Der Gegensatz zu der vorausgehenden allgemein gefaßten Bestimmung über die Reparaturpflicht des Verpachters, führt mit Nothwendigkeit zu dieser Annahme. Die Aufführung einzelner bestimmter Reparaturen, welche entweder dem Gegenstande oder der Art nach kenntlich gemacht wurden, als solcher, welche den Pächtern obliegen sollten, würde überflüssig gewesen sein, wenn es nur in dem Sinne geschehen wäre, daß die Pächter dazu verpflichtet seien, wenn diese Reparaturen nach der gesetzlichen Norm die Eigenschaft von Nebenreparaturen hätten; sie konnte vielmehr nur den Zweck haben, einige Arten der Ausbesserung vertragsmäßig für Nebenreparaturen zu erklären, von denen dies gesetzlich nicht galt oder doch zweifelhaft war. Hätte, wie die sent. a qua annimmt, nur das Gewöhnliche, im Zweifelsfalle Eintretende hervorgehoben werden sollen, so hätte offenbar eine andere, hierauf irgendwie hindeutende Ausdrucksweise gewählt werden müssen und hätten namentlich nicht die Worte „aller und jeder Anstrich", „aller — Schaden", welche gerade auf Ausschließen jeder Ausnahme gerichtet sind, gebraucht werden können. Auch die unmittelbar nach dem Worte „Nebenreparaturen" gewählte Fassung, „als die der Thüren" ꝛc., wenngleich sie für sich allein nicht entscheidend sein würde, bestätigt doch die obige Auffassung, wonach alle Herstellungen an Thüren, Fenstern und Fußböden, sofern sie nur unter den Begriff bloßer Reparaturen fallen — also mit Ausschluß des Falles, wo solche Gegenstände nothwendig neu herzustellen waren — zu den die Pächter treffenden Nebenreparaturen zu zählen sind. Nur in dem einen Falle muß allerdings eine Pflicht des Verpachters zur Beschaffung von Arbeiten der in der fraglichen Aufzählung bezeichneten Art behauptet werden, wenn dieselben als Folge oder Bestandtheile einer aus anderen Ursachen nöthig gewordenen Hauptreparatur sich darstellten, wenn z. B. eine Thüre hatte erneuert werden müssen, so traf den Verpachter auch der Anstrich derselben, oder wenn durch Vornahme einer Hauptreparatur das Pflaster im Hofe oder die

Platten im Hause schadhaft geworden waren, so hatte er auch diese wieder mit herzustellen. Dieser Fall ist aber gar keine wirkliche Ausnahme von der Vertragsbestimmung, da die fragliche Aufzählung selbstverständlich nur Arbeiten hatte meinen können, zu denen als solchen ein Anlaß in dem Zustande des Hauses gegeben war.

Was insbesondere noch die Worte „aller durch das Bewohnen entstehenden Schaden" betrifft, so fehlt es an jedem Anlaß zu der Voraussetzung, daß man über den gewöhnlichen Begriff eines „Schadens" hinausgegangen sein und auch die durch den ordnungsmäßigen Gebrauch nothwendig eintretende allmähliche Verschlechterung, das bloße Abnutzen, darunter gemeint haben sollte, wie denn eine so weit gehende Umkehrung der gesetzlichen Reparaturpflicht die Wahrscheinlichkeit gegen sich hat und deutlicher hätte ausgedrückt werden müssen. Die Worte sind daher mit den Beklagten nur auf die Fälle einer außerordentlichen oder regelwidrigen Schadenstiftung zu beziehen.

209. Stillschweigender Verzicht, gefolgert aus der Vornahme von Handlungen, deren Anzeige an den Gegner vorgeschrieben war, und aus der Zahlung des Pachtzinses ohne Vorbehalt und ohne Compensationsversuch.

Der Kläger hat sowohl in voriger, als jetziger Instanz versucht, einen Verzicht außerdem aus dem doppelten Umstande herzuleiten, daß die Beklagten die fraglichen Reparaturen immer einseitig, ohne Anzeige an den Kläger, durch ihre Handwerker hätten vornehmen lassen und daß sie während ihrer 5½jährigen Pachtzeit alle halbe Jahre den Pachtzins ohne Vorbehalt und ohne irgend einen Compensationsversuch bezahlt hätten. Ließe sich aus diesen Umständen mit Sicherheit folgern, daß die Beklagten bei Vornahme der Reparaturen die Absicht gehabt hätten, einen Ersatz dafür vom Kläger nicht zu beanspruchen, die Bestreitung derselben vielmehr in Anerkennung einer eigenen Verbindlichkeit oder schenkungsweise selbst zu tragen, so müßte der Einwand des Klägers allerdings für begründet erachtet werden. Dies haben ohne Zweifel auch die Entscheidungsgründe der sent. a qua nicht bestreiten wollen; es war nur ein ungenauer Ausdruck, wenn sie

sagten, die Absicht könne obgewaltet haben, ohne daß die Beklagten sich ihr entsprechend hätten verbindlich machen wollen. Wie die weiter angeknüpfte Deduction zeigt, sollte nur ausgedrückt werden, die Absicht bei dem längeren Stillschweigen könne, statt auf einen Verzicht zu Gunsten des Klägers, auch auf ein bloßes Aufschieben der Geltendmachung des Ersatzanspruches gerichtet gewesen sein. Diese Auffassung muß aber auch als richtig anerkannt werden und fehlt es daher dem behaupteten stillschweigenden Verzicht an der nöthigen Grundlage.

Am wenigsten ist abzusehen, wie der Umstand, daß die Beklagten die fraglichen Reparaturen immer ohne Anzeige an den Kläger durch ihre Handwerker besorgt haben sollen, einen Verzicht auf die an sich begründete Vergütung bekundet hätte. Die Beklagten können sehr wohl, vertrauend auf die Ersatzpflicht des Klägers durch den Wunsch, schneller zum Ziele zu gelangen, zu der behaupteten Handlungsweise veranlaßt worden sein. Auch läßt sich nicht etwa aus der Schlußbestimmung im §. 6 des Pachtvertrags, wonach den Pächtern „jede Hauptveränderung und sonstige Einrichtung im Hause" ohne Bewilligung des Verpachters untersagt war, ein Einwurf hernehmen, denn diese Bestimmung bezieht sich unverkennbar, wie namentlich eine Vergleichung mit Ref. II. tit. 14 §. 12 ergibt, gar nicht auf bloße Reparaturen, sondern nur auf wirkliche Veränderungen in der Construction und Einrichtung des Gasthauses.

Näher liegt es, in der wiederholten Entrichtung des Pachtzinses einen Verzicht zu finden, indem hierfür der Kläger sich mit Anschein auf

L. 26 D. de probat. (22,3)

berufen könnte. Dennoch stellt sich dieser Umstand als unerheblich dar. Da es Jedem freisteht, eine Gegenforderung zur Compensation zu benutzen oder sie selbstständig geltend zu machen, so kann aus dem Unterlassen der Compensation nach allgemeinen Grundsätzen kein Verzicht gefolgert werden, wenn nicht die Umstände des einzelnen Falles so sind, daß sie über die Absicht, die Forderung aufzugeben, keinen Zweifel übrig lassen. Häufig wiederholtes Unterlassen der Compensation, wenn wiederkehrende Zahlungen

oder Abrechnungen unter den Betheiligten stattfinden, **kann** die Folgerung rechtfertigen, wenn das Verhalten der Betheiligten die Ueberzeugung begründet, daß eine gänzliche Erledigung der beiderseitigen Schuldverhältnisse beabsichtigt wurde. Nur einen concreten Fall dieser Art entscheidet L. 26 cit., wobei es dahingestellt bleiben kann, ob nicht auch das Verwandtschaftsverhältniß der Betheiligten bestimmend mit eingewirkt habe. Jedenfalls berechtigt die Stelle nicht, von den allgemeinen Erfordernissen der stillschweigenden Willenserklärung eine Ausnahme zu machen. Berücksichtigt man nun im vorliegenden Falle, daß bei der fortgesetzten Zahlung des Pachtzinses an eine wechselseitig umfassende Abrechnung gar nicht gedacht werden konnte, daß die fraglichen Verwendungen, welche überdies mit anderen, von den Beklagten selbst zu beschaffenden Reparaturen vielfach in baulichem Zusammenhang gestanden zu haben scheinen, nur nach und nach im Laufe mehrerer Jahre gemacht wurden, und daß in der späteren Zeit unter den Partheien Verhandlungen über eine käufliche Ueberlassung des Gasthauses stattfanden, so liegt die Möglichkeit, daß die Beklagten die Geltendmachung ihrer Ersatzansprüche nur von einer Zeit zur anderen **aufschieben** mochten, so nahe, daß von einem sicheren Schluß auf die Absicht eines Verzichtes keine Rede sein kann.

Mit Recht ist übrigens in der sent. a qua noch bemerkt worden, daß, da der Verzicht **nur** aus den erwähnten, nicht schlüssigen Thatsachen hergeleitet worden ist, zu einem etwaigen Beweisnachlaß an den Kläger keine Veranlassung vorlag, wie denn auch hiergegen eine specielle Beschwerde von ihm nicht aufgestellt worden ist.

210. Negative Streiteinlassung. Beantwortung sämmtlicher einzelner Thatsachen in einem Gesammtausdruck.

Was die Beschwerde betrifft, daß die Erforderlichkeit jener Reparaturen als zugestanden angenommen worden sei, so mußte man sich für die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses in diesem Punkte, also dafür entscheiden, daß die Beklagten die Nothwendigkeit der in [8] verzeichneten Reparaturen erst noch zu beweisen haben. Es ist zu berücksichtigen, daß in der Exceptionsschrift,

neben der Schilderung des baufälligen und verwahrlosten Zustandes des Gasthofes im Ganzen, die Behauptung der Erforderlichkeit der einzelnen in [8] namhaft gemachten Reparaturen nur durch Bezugnahme auf dieses Gutachten aufgestellt worden ist. Um so eher konnte der Kläger durch eine Bestreitung dieses Gutachtens seiner Pflicht zur Einlassung entsprechen. Eine namentliche Erwähnung jeder einzelnen Reparatur war aber ohnehin, es mochte diese oder eine andere Form der Behauptung und Bestreitung gewählt werden, vom Kläger nicht zu verlangen, vielmehr genügt bei dergleichen Aufzählungen ein geeigneter Gesammtausdruck, sobald damit in verständlicher Weise alle zu beantwortenden Thatumstände berührt werden. Wenn nun der Kläger in der Replik erwiederte, das Auftreten der Beklagten mit der notariellen Insinuation des Gutachtens [8] sei offenbar ein lächerliches und schikanöses, dann erklärte, das Gutachten sei ohne allen Werth und dies näher dahin erläuterte, die unterzeichneten Handwerker hätten es gar nicht selbst gemacht und hätten überdies die betreffenden Gegenstände gar nicht alle selbst gesehen, so lassen freilich diese Aeußerungen es noch einiger Maßen zweifelhaft, ob Kläger die Erforderlichkeit sämmtlicher Reparaturen in Abrede stellen oder nur die Glaubwürdigkeit des Gutachtens bestreiten wollte. Allein da sich unmittelbar hieran die weitere Erklärung anschließt, Kläger würde leicht ein Gutachten anderer Bauverständigen beibringen können, welches sagte, das Gasthaus sei zwar nicht mehr neu, doch zum Wirthschaftsbetrieb immerhin noch ganz geeignet, und jedenfalls habe es sich in den letzten 5½ Jahren in Fundamenten, Dach und Fach nicht verändert, sei in dieser Hinsicht noch so gut, wie es von den dermaligen Pächtern übernommen worden sei, so wird durch diese Gegenüberstellung jener Zweifel gehoben und in ausreichender Weise bekundet, daß Kläger nicht blos der allgemeinen Schilderung des Gasthauses entgegentreten, sondern auch das Gutachten [8] seinem gesammten Inhalte nach, soweit es sich auf die Erforderlichkeit von Hauptreparaturen bezog, als unrichtig bezeichnen wollte. Zugleich war aber auch in jener weiteren Erklärung die Angabe des anderen Sachverhalts, soweit sie hier erwartet werden konnte, ent-

halten. Das angenommene stillschweigende Zugeständniß war daher nicht gerechtfertigt.

211. Entschädigung wegen versäumter Erfüllung von Vertragspflichten, bedingt durch gehörige Mahnung.

Die Beschwerde der Beklagten, daß eine Entschädigungspflicht des Klägers nur insoweit als begründet erkannt worden sei, als demselben die betreffenden Mängel von den Beklagten jeweilig angezeigt worden seien, — — — mußte — — als unbegründet verworfen werden. Da es sich hier um Entschädigung wegen versäumter Erfüllung klägerischer Vertragspflichten handelt, so ist der Anspruch der Beklagten, wie die sent. a qua mit Recht hervorhebt, durch mora und folglich durch gehörige Mahnung des Klägers bedingt, ohne daß es hierbei erst auf die Worte des Contracts „auf erstes Ansuchen" besonders ankäme, und kann durch die bloße Wissenschaft des Klägers von den vorhandenen Gebrechen in keiner Weise begründet werden. Zu einer wirksamen Mahnung gehört es aber nothwendig, daß der Gemahnte unzweideutig zu erkennen vermöge, was von ihm als vertragsmäßige Leistung verlangt werde. Die Verbindlichkeiten zur baulichen Unterhaltung eines vermietheten Hauses sind nun nach Ort, Gegenstand und Beschaffenheit so mannigfaltig, daß eine ganz allgemeine und unbestimmte Mahnung an den mangelhaften Gesammtzustand des Hauses durchaus nicht geeignet ist, über die Vertragspflicht, deren Erfüllung gefordert wird, in's Klare zu setzen; der Vermiether würde auf eine solche Mahnung hin erst durch eigenes Aufsuchen aller denkbaren Mängel sich den nöthigen Aufschluß verschaffen können, und dazu ist er, um dem Vorwurf der mora zu entgehen, nicht für verbunden zu erachten. Der Beweissatz ist daher mit Recht auf die Aufforderung des Klägers zur Vornahme der in [8] verzeichneten Reparaturen gerichtet worden.

Damit sind die Beklagten jedoch selbstverständlich nicht genöthigt, von jeder Reparatur ganz in der Specialität der Aufzählung in [8] eine besondere Mahnung darzuthun, indem es nur darauf ankommt, daß der Kläger über Gegenstand und Beschaffenheit der geforderten Reparaturen genügend in Kenntniß gesetzt

worden sein muß, dazu aber auch Ausdrücke, wodurch eine ganze Reihe gleichartiger Reparaturen zusammengefaßt werden, völlig geeignet sind, häufig auch schon durch Bezeichnung des Gegenstandes (z. B. „schadhafte Fensterrahmen im ganzen Vorderhause', oder dergl.) die Art der verlangten Reparatur sehr wohl mit kenntlich gemacht sein kann. Ebenso erledigt sich das Bedenken der Beklagten, daß viele Gebrechen durch unterbliebene zeitige Abhülfe an Umfang und Schädlichkeit zunähmen, dabei aber von ihnen nicht zu verlangen sei, daß sie den Kläger in jedem Stadium des Verfalles von Neuem gemahnt haben müßten; denn sobald der zunehmende Schaden nur Folge mangelnder Abstellung eines ursprünglich geringeren Gebrechens war, mußte die Mahnung in Betreff des letzteren genügen, um den Kläger auch wegen des gesteigerten Schadens verantwortlich zu machen.

LXXXVI.

J. F. Büchsel dahier, Kläger

contra

J. B. Hümmer dahier, Beklagten.

J. F. Büchsel klagte gegen J. B. Hümmer zwei Darlehn im Betrage von fl. — sammt vertragsmäßigen Zinsen zu 4% und Proceßzinsen zu 5% vom Tage der Klage ein. Beklagter bestritt das Rückforderungsrecht des Klägers durch die Behauptung, beide Theile seien mündlich übereingekommen, daß Beklagter die Heimzahlung beider Vorschüsse ganz nach seiner Bequemlichkeit bewirken könnte, und daß Kläger für den Fall, daß Beklagter die jährlichen Zinsen entrichte, seinerseits nicht kündigen würde, sondern es ganz dem Beklagten überließe, die Schuld allmählich oder durch Gegenrechnung abzutragen. Der eine der vom Kläger producirten Schuldscheine enthielt das Versprechen, den schuldigen Betrag mit 4 Procent zu verzinsen oder auch nach und nach abzutragen.

Das Stadtgericht erkannte am 2. Nov. 1855:

I. Der Kläger wird mit seiner Klage auf Rückzahlung des Darlehns vom 1. Dec. 1848 zur Zeit abgewiesen.

II. Der Beklagte wird schuldig erkannt, das Darlehn vom 1. Oct. 1849 mit fl. — nebst Zinsen — — zu bezahlen, auch die Hälfte der Streitkosten zu ersetzen, er würde denn — beweisen, daß er mit dem Kläger das oben gedachte mündliche Uebereinkommen getroffen habe; worauf abgeändertes Erkenntniß erfolgen soll.

Auf Appellation des Klägers verurtheilte das Appellationsgericht am 18. Januar 1856 den Beklagten zur Zahlung der beiden Darlehn sammt Zinsen und in die Kosten der 1ten Instanz. Auf Appellation des Beklagten stellte unter Compensation der Kosten 2ter und 3ter Instanz das Oberappellationsgericht am 18. Mai 1851 das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder her.

212. Darlehn. Dessen Rückzahlung in das Belieben des Schuldners gestellt. Fordern von Proceßzinsen statt der vertragsmäßigen. Folgen.

Legt man mit dem Stadtgerichte der Beurtheilung des vorliegenden Falles die Sachlage zu Grunde, wie sie zur Zeit der Klagmittheilung, resp. Litiscontestation und auch nach der schließlichen, in erster Instanz abgegebenen Erklärung bestand, so erscheint die Entscheidung des genannten Gerichts, wie dies auch die vorigen Richter anerkennen, vollkommen gerechtfertigt. Beklagter hat nicht bestritten, daß er dem Kläger zwei, zu 4% verzinsliche Darlehn von fl. — — schulde und es handelt sich nur noch — — — um den Einwand, daß durch besondere Nebenverabredung das Rückforderungsrecht des Klägers beschränkt und zur Zeit ausgeschlossen sei. Anlangend

A. die eigentliche Bedeutung dieser vom Beklagten in Bezug genommenen Nebenabrede, so geht

1. dessen Behauptung dahin: „Beide Theile seien übereingekommen, daß Beklagter ganz nach seiner Bequemlichkeit die Heimzahlung der fraglichen Vorschüsse bewirken könne und daß Kläger für den Fall, daß Beklagter die jährlichen Zinsen berichtige,

seinerseits nicht kündigen werde, sondern es ganz dem Beklagten überlasse, die Schuld allmählig oder durch Gegenrechnung abzutragen." Den Kern dieser angeblichen Uebereinkunft bildet das Versprechen des Klägers, für den Fall, daß Beklagter die jährlichen Zinsen berichtige, nicht kündigen zu wollen. Wenn es dem Beklagten daneben gestattet ist, nach seiner Bequemlichkeit das Capital im Ganzen oder durch Abschlagszahlungen, baar oder durch Gegenrechnung zu tilgen und zu mindern, so erscheint diese Gestattung abhängig davon, daß das Kündigungsrecht des Klägers nicht eintritt, d. h. daß die jährlichen Zinsen berichtigt werden. Hiermit stimmt

2. soviel das Darlehn von fl. — betrifft, der darüber vom Beklagten unter dem 1. Dec. 1848 ausgestellte Schein vollständig überein. Wenn sich hier Beklagter verpflichtet hat: „die (genannte) Summe mit vier Procent vom Hundert zu verzinsen oder auch diese Summe nach und nach abzutragen", so kann man darin zwar nicht mit den vorigen Gerichten die Uebernahme einer alternativen Verbindlichkeit in der Weise finden, daß Beklagter nach seiner Wahl entweder zu verzinsen oder nach und nach zurückzuzahlen habe, so daß also, wenn er das Letztere wählte, die Pflicht zur Verzinsung ganz cessiren würde. Der Gegensatz besteht vielmehr nach der unverkennbaren Absicht der Contrahenten nur in der Verzinsung des ganzen Capitals („dieser Summe") einerseits und der Gestattung von Abschlagszahlungen, wobei die Verzinsung des Restes als selbstverständlich subintelligirt wird, andererseits. Dagegen folgt daraus, daß dem Beklagten die Wahl zwischen diesen beiden Verfahrungsweisen gelassen ist, allerdings, daß, so lange er die jeweilige Schuld regelmäßig verzinst, Kläger die Zahlung des Capitals nicht fordern darf.

B. Kläger hat die rechtliche Gültigkeit und Wirksamkeit einer Uebereinkunft der fraglichen Art deßhalb bestritten, weil sie die Rückzahlung des Darlehns in das Belieben des Schuldners setze. Allein die Gültigkeit derselben in dem Hauptpuncte der Unkündbarkeit des Capitals, so lange die Zinsen gehörig bezahlt werden, hat die ausdrückliche Anerkennung der Rechtsquellen für sich (L. 4 §. 3 D. de pact. 2,14) und kann auch das kein Bedenken

gegen die Rechtsgültigkeit der fraglichen Uebereinkunft erregen, daß darin dem Schuldner die Befugniß zu beliebigen Abschlagszahlungen eingeräumt worden ist, die unter den obwaltenden Verhältnissen, wo der Gläubiger sich des Kündigungsrechtes bedingungsweise begeben hat, eher in dessen Interesse, als gegen dasselbe sind.

C. Kläger hat ferner die mangelhafte Substantiirung der Einrede, insbesondere in Betreff der Zeit des fraglichen Uebereinkommens, gerügt. Jedoch ebenfalls mit Unrecht. Denn es ist für die rechtliche Wirksamkeit dieses letzteren ganz einerlei, ob dasselbe gleich beim Darlehnsvertrag oder später durch ein besonderes pactum eingegangen ist. L. 4 §. 3 cit. Auch erscheint der fragliche Mangel jedenfalls durch die statthafterweise in der Duplikschrift nachgebrachte Behauptung ergänzt: Kläger habe sowohl bei Auszahlung der fraglichen Beträge, als auch später öfters, insbesondere am 30. August 1850 die in Rede stehende Verpflichtung dem Beklagten gegenüber übernommen.

D. Diesem Allem nach konnte es sich nur noch um den Beweis des fraglichen Uebereinkommens handeln.

1. In Betreff der Schuld von fl. — steht die Nothwendigkeit eines erst noch zu liefernden Beweises dem Beklagten gegenüber rechtskräftig fest, da er das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 2. Nov. 1855 nicht angefochten hat und auch jetzt nur dessen Wiederherstellung begehrt. Dagegen ist

2. was das Darlehn von fl. — anlangt, der ohnedies dem Beklagten obliegende Beweis durch den Schuldschein bereits geliefert. Die Beweiskraft dieses Scheines dem Kläger gegenüber folgt daraus, daß dieser selbst ihn als das die Verbindlichkeit des Beklagten darstellende Document angenommen und producirt hat. Derselbe hat zwar dagegen, daß dieser Schein zu Gunsten des Beklagten benutzt werde, in gegenwärtiger Instanz protestirt, jedoch lediglich aus dem Grunde, weil Beklagter sich excipiendo nicht auf diesen, sondern auf eine besondere mündliche Uebereinkunft berufen habe; allein dieser Protest kann schon deßhalb nicht in Betracht kommen, weil Beklagter allerdings bereits in der Exceptionsschrift bemerklich gemacht hat, die hier in Rede stehende

Urkunde bestätige seine in Betreff der fraglichen mündlichen Uebereinkunft aufgestellte Behauptung.

Es fragt sich hiernach, ob man mit dem Appellationsgerichte anzunehmen habe, daß die aus der mehrerwähnten Uebereinkunft entnommene Einrede durch einen im Laufe des Processes eingetretenen neuen Umstand — daß nämlich Beklagter nunmehr mit der Zinsenzahlung in Rückstand gekommen — beseitigt sei. Diese Frage muß jedoch verneint werden.

A. Aus formellen Gründen.

1. Daß Beklagter die Zinsen vom 31. Juli, resp. 6. Oct. 1854 bis dahin 1855 nicht zur rechten Zeit gezahlt habe, ist, wenn auch eine negative, doch immer eine Thatsache, die nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden darf, sondern erst durch Anhörung der Partheien u. s. w. constatirt werden muß. Ueber dieselbe aber ergeben die Acten, wie sie zur Zeit der Urtheilsfällung des Appellationsgerichts vorlagen, durchaus Nichts; sie durfte also — selbst wenn sie in den mündlichen Verhandlungen zur Sprache gekommen sein sollte — nicht beachtet werden.

Ges. v. 7. Nov. 1848 §. 12 und 32.

2. Es handelt sich um eine Replik, wodurch die aus der fraglichen Nebenverabredung entnommene Einrede elidirt sein soll. Eine solche aber ist vom Kläger gar nicht vorgeschützt und durfte, selbst wenn der Stoff dazu aus den Acten zu entnehmen gewesen sein sollte, nicht ex officio supplirt werden.

B. Aus materiellen Gründen. Allerdings muß

1. mit dem Appellationsgerichte angenommen werden, daß Kläger zur Kündigung der beiden Darlehn — sowohl nach Inhalt des Scheins, als nach der vom Beklagten behaupteten Uebereinkunft — berechtigt wird, sobald Beklagter mit der Zinsenzahlung in Verzug kommt. Allein es ist

2. selbst zweifelhaft, ob — schon abgesehen von dem anhängig gemachten Processe — ein solcher Verzug ohne Weiteres deßhalb als eingetreten angesehen werden kann, weil Beklagter die vom 31. Juli, resp. 6. Oct. 1854 an laufenden Zinsen weder an den gleichen Tagen des folgenden Jahres, noch auch bis zu ergangenem Stadt- resp. Appellationsgerichts-Erkenntnisse

bezahlt hatte. Man weiß nicht einmal, ob jene Tage die regelmäßigen Zinstermine sind, und jedenfalls ist nicht ersichtlich, daß sie als Zahlungstermine in einer solchen Weise vertragsmäßig festgesetzt worden, um hier die Regel „dies interpellat pro homine" zur Anwendung bringen zu können. Ueber eine durch besondere persönliche Interpellation begründete mora aber liegt Nichts vor und daß eine solche nicht durch die vor Eintritt der Zinstermine erhobene Klage herbeigeführt werden konnte, ist klar. Jedenfalls wird

3. durch die Art und Weise, wie Kläger in der Klage den Zinsenpunct behandelt hat, die Annahme einer mora des Beklagten ausgeschlossen. Denn wenn auch an und für sich vertragsmäßige Zinsen während der Dauer des Rechtsstreites fortlaufen,

L. 35 D. de usur. (22,1)

L. 1 C. de judic. (3,1)

so hat Kläger dadurch, daß er von der Klage an Zinsen zu 5% forderte, während vertragmäßig nur vierprocentige zu leisten waren, den Beklagten in die Lage versetzt, annehmen zu können, daß vor der Hand und bis zur Beendigung des Processes die Fortentrichtung der vertragsmäßigen Zinsen nicht begehrt werde; und fehlt es so jedenfalls an dem zur Annahme einer wahren mora erforderlichen subjectiven Momente.

L. 5 in f. D. de reb. cred. (12,1).

LXXXVII.

Capdeville u. Finke zu Bordeaux, Kläger

contra

den Curator und Contradictor der Nachlaßdebitmasse des Johannes Haut, Beklagten.

Die Beweis- und Gegenbeweisführung über den den Klägern rechtskräftig auferlegten Beweis, „daß Joh. Haut zur Zeit der Aufborgung der fraglichen Weine oder zur Zeit der angeordneten Uebersendung derselben von seiner Insolvenz bereits

Kenntniß gehabt habe", hatte das Ergebniß, daß das Stadtgericht am 20. Juni 1855 auf die Ausschwörung des deferirten Eides erkannte. Auf Appellation der Kläger erkannte unter Compensation der Kosten 1ter und 2ter Instanz das Appellationsgericht am 15. Sept. 1855 auf ein vom Beklagten abzuleistendes juramentum decisorium (cf. Bd. I. p. 120 n. 56.) Dieses Urtheil wurde unter Verfällung der Kläger in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 29. Mai 1857 bestätigt.

LXXXVIII.

A. L. C. W. dahier, Kläger

contra

seine Ehefrau J. W. W., geb. S., Beklagte.

Der Beklagten war nach dem oben sub. Nr. XXVIII. mitgetheilten Rechtsfalle der Beweis nachgelassen, daß Kläger ihr in einer der Geburt ihres Kindes entsprechenden Zeit geschlechtlich beigewohnt. Auf die geführten Beweisverhandlungen wurde auf den deferirten Eid erkannt vom

Stadtgerichte am 15. Februar 1856;
Appellationsgerichte am 18. April 1856;
Oberappellationsgerichte am 29. Mai 1857.

213. Nothwendiger Eid. Antrag auf Zulassung zum Erfüllungseide.

Wenngleich Beklagte in voriger Instanz nur Zulassung zum Erfüllungseide verlangt hat, so war doch hierin das Begehren, daß der Beweis wenigstens für soweit erbracht erklärt werde, um zur Auferlegung des Reinigungseides kommen zu können, als ein Minus mitenthalten. Auch ist ein, wenngleich entfernteres Interesse des producentischen Theiles dabei, daß der Eid als Reinigungs- und nicht als deferirter Eid ausgeschworen werde, anzuerkennen.

L. 31 D. de jurejur. (12,2).

214. Vermuthungen für eine außereheliche Schwängerung während des Brautstandes.

Beklagte ist

1. der Ansicht, daß — schon abgesehen von den Zeugenaussagen — eine so starke Vermuthung für das Beweisthema begründet sei, daß darauf hin der Erfüllungseid hätte nachgelassen werden müssen. — — — — — Aber

a. an und für sich berechtigt der Umstand, daß zwischen zwei Personen ein Liebesverhältniß bestanden, welches zum Brautstande und später zur Ehe geführt hat, in keiner Weise zu der Vermuthung, daß ein vorehelicher Beischlaf zwischen ihnen stattgefunden habe. Stände freilich fest, daß Beklagte während jenes Verhältnisses geschwängert worden, so spräche eine gewisse menschliche Vermuthung dafür, daß der erklärte Liebhaber, resp. Bräutigam der Schwängerer gewesen. Allein nach des Klägers Behauptung datirt seine Bekanntschaft mit der Beklagten erst vom 7. August 1852 her, während die Möglichkeit der stattgefundenen Schwängerung bis zum 2. Juli zurückgeht und es nach dem Physicatsgutachten wenigstens das W a h r s c h e i n l i c h e r e ist, daß die Schwängerung v o r dem zugestandenen Anfange der Bekanntschaft erfolgt ist. — — — — —

b. Wenn es feststände, daß Kläger bei oder kurz nach Eingehung der Ehe die Schwangerschaft der Beklagten wahrgenommen, so würde allerdings aus der unbestrittenen Thatsache, daß er die Ehe und den ehelichen Umgang ruhig fortgesetzt, eine starke Vermuthung dafür zu entnehmen sein, daß er sich selbst für den Urheber der Schwangerschaft gehalten, also in der betreffenden Zeit mit der Beklagten concumbirt haben müsse. Allein Kläger hat entschieden geläugnet, daß er jene Wahrnehmung gemacht und es fehlt an jedem Beweise für das Gegentheil. — Es kommt hiernach im Wesentlichen nur

2. auf die Z e u g e n - A u s s a g e n an. Soweit nun die von den beklagtischen Zeugen bekundeten Thatsachen in die Zeit des B r a u t s t a n d e s fallen sollten, ist ihnen unbedenklich eine jede Erheblichkeit für das Beweisthema abzusprechen. Abendliches

Nachhausebegleiten, Zusammenstehen vor der Hausthüre, gemeinschaftliche Spaziergänge durch die Straßen und selbst eine Promenade durch die Anlagen an einem Sommerabende gegen 9 Uhr, wo dieselben noch ganz belebt zu sein pflegen, sind in jenem Verhältnisse — namentlich unter Personen von dem Stande der Streittheile — gewöhnlich vorkommende und unverfängliche Dinge. — Nun wird man den Anfang der Brautschaft auf den 17. August 1852 zu setzen haben. — — —

Die Aussage des Zeugen W.: er habe im August mehrmals gegen 10 Uhr den Kläger mit der Beklagten vor der Letzteren Hausthüre stehen sehen, kann sich also sehr wohl auf die Zeit des Brautstandes beziehen, worauf auch ihr Inhalt hindeutet. Dagegen verlegen freilich die Zeugen R. B. H. und Sch. die von ihnen gemachten Wahrnehmungen in den Juli oder die Kirschenzeit. Es darf indessen

a. bezweifelt werden, ob die Aussagen in diesem Puncte vollkommen genau seien. Die Vernehmung hat über ein Jahr nach den betreffenden Vorgängen stattgefunden und die Zeuginnen haben keine sicheren Anhaltspuncte angegeben, welche die Ueberzeugung zu gewähren vermöchten, daß ihre Erinnerung in Betreff der Zeit, wo so leicht eine Irrung möglich, eine feste und untrügliche sei. Es kommt hinzu, daß die Aussagen der Gegenbeweiszeugen das Gegentheil wahrscheinlich machen. — — —

Sieht man aber auch hiervon ab und bleibt lediglich

b. bei den Zeitangaben der Zeuginnen R. B. H. und Sch. stehen, so verlieren doch die von diesen bekundeten abendlichen Zusammenkünfte und gemeinschaftlichen Spaziergänge den verdächtigen Charakter, den sie unter anderen Verhältnissen vielleicht haben würden, durch die kurze Zeit darauf erfolgte Verlobung und demnächstige Eheschließung, indem diese Umstände dafür sprechen, daß es dem Kläger von Anfang an nicht um einen unerlaubten Geschlechtsgenuß zu thun, sondern seine Absicht auf die Ehe gerichtet war. Diesem Allem nach kommt es

3. auf den vom Kläger versuchten Gegenbeweis, der übrigens ein erhebliches Resultat ebenfalls nicht geliefert hat, nicht

an. Es muß vielmehr schon auf Grund des gänzlich verfehlten Hauptbeweises bei dem in den angefochtenen Erkenntnissen zuerkannten Schiedseide gelassen werden.

LXXXIX.

Constantin Fellner u. Sohn in Liquidation dahier, Kläger

contra

den Oberappellationsgerichts-Procurator Heeser zu Wiesbaden, Beklagten.

Constantin Fellner u. Sohn klagten gegen Heeser eine Contocorrentforderung von fl. — aus, indem sie eines Theils den hies. Platz als locus contractus et solutionis angaben, anderen Theils gestützt auf ein von dem Beklagten bestelltes Depot von Metalliques-Obligationen das forum rei sitae begründeten. Beklagter opponirte zunächst die Einrede der Incompetenz. In der Sache selbst rügte Beklagter unter Anderem, daß ihm neben den Zinsen ⅓ Procent Provision berechnet worden sei. Das Stadtgericht erkannte am 1. Nov. 1854 den Beklagten für schuldig, binnen 14 Tagen den Betrag von fl. — — sammt Zinsen zu 5% — gegen Auslieferung der in dem Contocorrent genauer bezeichneten — Stück Metalliques-Obligationen — nebst Coupons zu den vom 1. März 1854 laufenden Zinsen an die klagende Handlung zu bezahlen und derselben die entstandenen Proceßkosten zu ersetzen, bei Vermeidung, daß nach erfolgtem Ablaufe dieser Frist wegen Versteigerung der vorerwähnten Obligationen zum Behuf der Befriedigung des klagenden Theils, aus dem Erlöse, salvo jure de residuo, weitere Verfügung ergehe.

Auf Appellation und Antrag auf Actenversendung von Seiten des Beklagten wies das Spruchcollegium zu Halle am 18. Juni 1855 den Kläger mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Kosten erster Instanz und Compensation der Kosten zweiter

Instanz angebrachter Maßen ab, während auf Oberappellation des Klägers unter Compensation der Kosten dritter Instanz das Oberappellationsgericht am 15. Juli 1857 das stadtgerichtliche Erkenntniß, soviel die Hauptsache und die Kosten erster Instanz anbelangt, in dem Maße wiederherstellte, daß Kläger bis zum Belaufe von fl. — sammt Zinsen zu 5% vom 1. Juli 1854 ab zum öffentlichen Pfandverkaufe der in ihren Händen befindlichen — — Metalliques-Obligationen — — — — — zu ermächtigen, im Uebrigen wegen ihrer nach Abzug des Pfanderlöses annoch habenden Ansprüche von den Frankfurter Gerichten ab und mit der Rückstandsklage an den ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten zu verweisen seien.

215. Forum contractus begründet aus einer Contocorrentforderung.

Anlangend die Competenz der Frankfurter Gerichte in vorliegender Rechtssache, so war der Ansicht der vorderen Gerichte, daß solche für die auf Zahlung der Schuld gerichtete Personalklage zu Frankfurt für den zu Wiesbaden domicilirten Beklagten nicht begründet sei, beizutreten. Nicht bloß ist der replicarische Versuch der Kläger aus dem vagen Zusammenhange, welcher zwischen ihrer Forderung und den vom Beklagten **reconveniendo** verfolgten Gegenansprüchen bestehe, für Jene einen außerordentlichen Gerichtsstand herzuleiten, mit Recht weder einer Berücksichtigung, noch selbst einer tiefer eingehenden Widerlegung werth erachtet worden, sondern auch der gleichfalls **replicando** vorgebrachten Behauptung der Kläger, es sei Frankfurt **locus contractus et solutionis** gewesen, daher dort das besondere **forum obligationis** begründet, stand keine weitere Folge zu geben. Denn über die einzelnen gegenseitigen Geld- und sonstigen Geschäfte, welche seit langen Jahren zwischen den Partheien bestanden haben und in dem der Klage zu Grunde gelegten Contocorrent mehr ihrem endlichen Gesammt-Ergebnisse nach zusammengefaßt, als in Bezug auf Ursprung, Zweck und Erfolg dargelegt sind, fehlt es an allen näheren Angaben und vermag immerhin der von der **sent. a qua** mit dem Beklagten aus dessen persönlicher Abwesenheit gegen die Competenz der Frankfurter Gerichte entnommene Grund

nicht als durchgreifend zu erachten, vielmehr dieser Mangel dadurch ersetzt sein, daß sich unter deren Gerichtsbarkeit Vermögen des Beklagten befindet, jedenfalls entbehrt doch jenes Vorbringen der Kläger derjenigen Substantiirung, welche allein darüber ein verläßliches Urtheil gestatten würde, ob hier „Sachen (und Schulden) halber" gestritten werde, so allhier in Frankfurt contrahirt (verhandelt und gemacht) oder . . . doch die Bezahlung allhier . . . zu thun versprochen worden.

Ref. I. tit. 11 §. 1. 12

Pr. Proc. Ordng. Art. 52.

216. Forum rei sitae bei Pfandklagen.

Wenn die sent. a qua, abweichend von dem erstinstanzlichen Urtheile, davon ausgeht, daß auch als **forum rei sitae** sich das Frankfurter Stadtgericht vorliegend keine Gerichtszuständigkeit hätte beilegen dürfen, so konnte es kein Bedenken haben, die deßfallsige Beschwerde der Kläger für durchaus begründet anzuerkennen. Denn daß

1. dasjenige Recht, welches in art. 50 und 54 der Wechsel-Ordnung unter den dort näher angegebenen Voraussetzungen den Kaufleuten an den in ihren Händen befindlichen Sachen ihrer Geschäftsfreunde ertheilt und durch das Gesetz vom 10. Januar 1837 sub. B auch sonstigen Gläubigern gegen ihre Schuldner zugestanden ist, kein bloßes Retentions-, sondern ein wirkliches Pfandrecht sei, ist vom Oberappellationsgerichte wiederholt schon ausgesprochen und dergestalt in der Frankfurter Praxis anerkannt, daß es weiterer Ausführung hierüber nicht bedarf. Im Uebrigen liegt aber auch hier die vertragsmäßige Bestellung eines Pfandrechts klar vor, indem beim Hinblick auf die vorangegangene Correspondenz, insbesondere auf die des Jahrs 1850, wenn nicht schon der klägerische Brief vom 21. Sept. 1852, doch jedenfalls der am 28. December desselben Jahres, worin die Einsendung der Metalliques „als Depot" von den Klägern zur „Bedingung" des dem Beklagten zu gewährenden weiteren Credits gemacht wurde, jeden Zweifel beseitigt, daß Kläger das Verlangen einer Pfandsicherheit gestellt haben, welchem Beklagter, falls er nicht durch

Zahlung sofort seinen längst fälligen Verbindlichkeiten nachkam, Folge zu geben verbunden war und ausweislich seiner auf jenem Briefe befindlichen Antwort vom 29. December alsbald, wenn auch unter dem von den Klägern bewilligten Wunsche nachkam, daß selbige mit und bei dem Verkaufe dieses Depots noch bis zu seinen weiteren Dispositionen Anstand nehmen und sein Interesse thunlichst wahrnehmen möchten. Ebenso wenig ist

2. darin der sent. a qua beizutreten, daß Kläger die Pfandklage überall nicht erhoben hätten, indem Fassung und Begründung, wie Petitum der Klage, namentlich die Bezugnahme auf obige Gesetze nicht etwa bloß eine derartige Auffassung derselben gestatten, sondern gar keinem Zweifel Raum geben, daß die Verfolgung ihrer Pfandrechte vor Allem in den Intentionen der Kläger gelegen habe, und bei dieser Evidenz darauf kein Gewicht sich legen läßt, daß sie auf den Einwand des Beklagten, nur persönlich wegen Darlehns belangt und den Frankfurter Gerichten für seine Person nicht unterworfen zu sein, zwar jenen Versuch, das forum contractus et solutionis als daselbst begründet darzustellen gemacht, nicht aber dies ausdrücklich opponirt haben, daß doch jedenfalls für die von ihnen mit erhobene Pfandklage eine Competenz des Stadtgerichts anzuerkennen wäre. Da nun auch

3. darüber kein Streit obwaltet, daß die Metalliques-Obligationen, um deren Pfandverkauf es sich handelt, im Besitze der Kläger und unter der Jurisdiction des Stadtgerichts befindlich seien, auch von dem Oberappellationsgerichte bereits wiederholt ausgesprochen ist, daß das forum rei sitae nicht bloß bei beweglichen Sachen gleichfalls Platz greife, sondern auch die Verpfändung von Staatspapieren und andern au porteur lautenden Schuldscheinen, weil bei solchen der Charakter der Waare vorherrsche und daher keineswegs ein bloßes pignus nominis durch die Pfandbestellung entstehe, zu Begründung dieses besonderen Gerichtsstandes genüge, so war insoweit, als die sent. a qua auch nach dieser Richtung hin die Einrede der Incompetenz für begründet erklärt hat, die Beschwerdeführung der Kläger und deren Antrag auf Herstellung des Stadtgerichts-Erkenntnisses als durchaus gerechtfertigt anzuerkennen.

217. Halbjähriger Abschluß laufender Rechnung mit vierteljähriger Provisionsberechnung.
(Bd. I. Nr. 169.)

Anbelangend die wegen der Provisions- und Zinsberechnung in erster Instanz gegen den klägerischen Contocorrent erhobenen — — monita des Beklagten, so entspricht der vorliegend nur von Halb- zu Halbjahr beliebte, wenn auch mit einem je nach Vierteljahren berechneten Provisions-Ansatze verbundene Rechnungs-Abschluß und daß dabei die Zinsen zum Capital geschlagen und wieder zinsbar gemacht sind, nicht bloß einer berechtigten Handels-Üsance, sondern ist auch so wenig direct vom Beklagten angefochten worden, als die Höhe der pro Jahr allerdings bis zu 1⅓% ansteigenden Extra-Vergütung, welche unter dem Namen einer Provisionsgebühr bei derartigen Geldgeschäften in der Kaufmannswelt neben den eigentlichen Zinsen üblich ist und im Allgemeinen als eine durch rechtsgültige Handelsüsance begründete Beschränkung der sonstigen Zinsverbote gelten kann, wie auch Seitens des Appellationsgerichts bereits judicando vielfach anerkannt ist. Nur in der Richtung beschwert sich Beklagter über jenen Provisionsansatz als über einen verdeckten, von Gerichts wegen selbst ex officio zu berücksichtigenden Zinswucher, daß Kläger für die ganze Zeit, über welche sich deren Contocorrent erstreckt und insbesondere auch noch seit dem Jahre 1849, obwohl sie neuerer Zeit keine Wechsel mehr für Beklagten acceptirt und dies nicht mehr zu können und zu wollen damals ausdrücklich demselben erklärt hätten, gleichwohl mit Berechnung jener nur für Acceptation und Einlösung der beklagtischen Wechsel bedungenen, wie zugesagten Provision von ⅓% pro 3 Monate fortgefahren und von derselben, welche doch selbst nur Zinsen darstelle, bei den Rechnungsabschlüssen durch Zurechnung zu dem Schuldbetrage Zinsen wieder bezogen hätten.

Ob nun nicht wenigstens in dieser Beziehung eine entsprechende Rectification des klägerischen Contocorrents einzutreten habe, mußte allerdings für zweifelhafter erachtet werden, als der Grund oder Ungrund der übrigen beklagtischen Ausstellungen. Denn daß Beklagter in seinem Briefe vom 23. Februar 1852 wegen der

Berechnungsweise der Kläger keine Anstände erhoben hat, kann nach dem eigentlichen Zwecke dieses Schreibens in keiner Art befremden oder als Anerkennung der Rechnung gelten, jedenfalls aber, wie dies das Oberappellationsgericht bereits (in dem Bd. I. p. 357 mitgetheilten Rechtsfalle) ausgesprochen hat, dem Beklagten nicht präjudiciren, wenn wirklich in diesem Provisionsansatze ein Zinswucher zu befinden wäre. Noch weniger aber konnte dem anderweiten Argumente des Stadtgerichts-Erkenntnisses beigetreten werden, daß Beklagter eine spätere Abänderung der über diese vierteljährige Provision getroffenen ursprünglichen Stipulation gar nicht behauptet habe. Denn es hatte die Exceptionsschrift mit der obigen Angabe, daß nur für Acceptation und Einlösung der beklagtischen Wechsel die Provision bedungen gewesen sei, das doppelte weitere Vorbringen verbunden, daß Kläger im Jahr 1849 keine Wechsel mehr für Beklagten acceptiren zu können, zugleich aber auch dies dem Beklagten, was derselbe freilich in Abrede gestellt hat, erklärt hätten, daß sie ihr Guthaben als verzinsliches Darlehn zu successivem Abtrage je nach Beklagtens Gemächlichkeit stehen lassen wollten; und als der eigentliche Sinn dieser combinirten Angaben läßt sich unschwer der Einwand erkennen, daß die ursprünglichen Bedingungen des beiderseitigen Geschäftsverkehrs durch eine von den Klägern selbst ausgegangene Umgestaltung des letzteren abgeändert wären und nicht weiter als maßgebend gelten könnten.

Allein einerseits entbehrt doch das Vorbringen derjenigen speciellen und bestimmten Substantiirung, welche für einen deßfalls zu machenden, dem Leugnen der Kläger gegenüber unerläßlichen Beweisnachlaß behufs gehöriger Formulirung des Beweissatzes erforderlich wäre. Andererseits wäre, weil dem Beklagten nicht auf einen festbestimmten Zeitraum, vielmehr nur bis auf Weiteres und unter Freigebung einer, wie der Contocorrent zeigt, nachher wirklich und selbst in verhältnißmäßig kleinen Raten erfolgten Partial-Abzahlung das damalige Guthaben der Kläger darlehensweise creditirt worden sein soll, für Letztere immer noch die Nothwendigkeit, wie das Recht gegeben gewesen, die laufende Rechnung des Beklagten in ihren Büchern fortzuführen, zu ord-

nungsmäßigem Abschluß, sowie zu des Beklagten Kenntniß zu bringen, und sich so in dessen Interesse, wenn auch ihre gegenseitigen Geschäftsbeziehungen sich vereinfachten und beschränkten, einer fernerweiten Bemühung zu unterziehen, für welche sie eine entsprechende Entschädigung verlangen und so denn auch in Ermangelung deßfallsiger besonderer Abrede, durch welche etwa die bisherige Provisionsgebühr verringert oder anderweit ersetzt worden wäre, das Einverständniß Beklagtens mit Fortbezug der Letzteren um so eher voraussetzen durften, als die Kläger ihm bereits in ihrem Schreiben vom 9. Februar 1850 bestimmt genug zu erkennen gegeben hatten, daß sie nicht einmal durch den Fortbezug dieser nicht unbedeutenden Extra-Vergütung sich zu einer ihren sonstigen Interessen und Plänen nicht zusagenden Creditbewilligung oder Befristung veranlaßt finden könnten.

Bei dieser Sachlage konnte, mit wie großer Strenge auch jede Umgehung oder Verdeckung der gesetzlichen Zinsverbote zu beachten und auch im kaufmännischen Verkehr über die Grenzen der durch allgemeines Anerkenntniß der Rechtsdoctrin und Praxis im Interesse des Handels und zu dessen möglichster Freiheit festgestellten Ausnahmen hinaus zu verhindern sein mag, den auf Wegfall jener Provisions-Ansätze und entsprechende Reduction der Capital- wie Zinsbeträge des Contocorrents vom Beklagten gestellten Anträgen keine Folge gegeben werden.

218. Pfandklage. Deren Wirkungen.

Das Gericht der belegenen Sache kann, wie das O b e r a p p e l l a t i o n s g e r i c h t bereits in

Fr. S. Gebrüder B e t h m a n n c. C r a m e r 1841

näher dargelegt und seitdem wiederholt (cf. z. B. oben p. 52) ausgesprochen hat, auf erhobene Pfandklage, wenn es über die Person des Pfandschuldners und in Betreff der streitigen Obligationsverhältnisse der Gerichtszuständigkeit entbehrt, außer über das Pfandrecht selbst und dessen Rechtsbeständigkeit wie Wirkungen, zwar auch als über eine Bedingung und Voraussetzung desselben seine Cognition darüber eintreten lassen, ob die durch das Pfand gedeckte und durch dessen Verkauf zu realisirende Forderung rechts-

gültig fällig und bis zu einem Belaufe begründet, wie erwiesen sei, welcher den Verkauf der Pfandobjecte, soweit als solcher beabsichtigt, resp. beantragt ist, behufs Deckung des Pfandgläubigers nothwendig macht, und nicht schon bei bloß partieller Veräußerung nach dem muthmaßlich daraus zu gewärtigenden Erlöse zu gewinnen stände. Allein wie dies nur geschieht, weil ohne Erledigung aller jener für die volle Wirksamkeit des Pfandrechts präjudiciellen Vorfragen dem Pfandgläubiger weder der Besitz des zu verkaufenden Pfandobjects zuerkannt, noch die gerichtliche Ermächtigung zu dessen Verkauf, wo es einer solchen bedarf, ertheilt werden könnte, so hat auch der personell incompetente Richter sein eigentliches decisum auf Zuerkennung des Pfandstücks, resp. der Veräußerungsbefugniß zu beschränken und ist eine Verurtheilung zur Zahlung der durch das Pfand gedeckten Schuld auszusprechen um so weniger befugt, als die Befriedigung des Gläubigers nicht sowohl eine Verbindlichkeit des Verpfänders und Pfandeigenthümers, vielmehr nur eine facultative Befugniß bildet, durch Lösung des auf der Sache haftenden Pfandnexus deren Verkauf zu verhindern.

Es stand daher nicht zu billigen, wenn vorliegend das Stadtgericht, trotzdem daß es sich in Bezug auf die Schuldklage für incompetent erklärte, eine auf Bezahlung des Betrages von fl. — gerichtete Condemnatoria gegen Beklagten erlassen und den Pfandverkauf nicht sowohl gebetener Maßen durch Ermächtigung der Kläger alsbald angeordnet, als vielmehr nur in vim executionis für den Fall angedroht hat, wenn Beklagter nicht jener Verurtheilung zur Zahlung Folge leisten sollte. Die principaliter erbetene völlige Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urtheils konnte mithin nicht Platz greifen, sondern bloß, wie geschehen, in Anschluß an das eventuelle Petitum des jetzigen Libells den Klägern die Ermächtigung zum öffentlichen Verkaufe der ihnen verpfändeten Obligationen behufs ihrer Befriedigung aus dem Erlöse unter Vorbehalt ihrer Rechte wegen des etwa dadurch nicht gedeckten Theils ihrer Ansprüche ertheilt werden.

XC.

Max Joseph Jörg zu Haßfurt, Kläger
contra
Felix Schwarz zu Mainz, Beklagten.

Felix Schwarz kaufte von M. J. Jörg zu Haßfurt 500 Centner Zwetschen, behielt sich jedoch eine Besichtigung der Waare, sowie den Rücktritt für $^3/_5$ des Quantums binnen 2 Tagen vor. Die Waare sollte ferner vom Verkäufer im Monat März frei Eisenbahn oder frei Schiff zu Haßfurt geliefert werden. Am 11. April 1855 bezog F. Schwarz die erste Parthie dieser Waare und bezahlte dieselbe auch. Am 14. April forderte Jörg den F. Schwarz auf, wegen der noch restirenden 100 Centner Zwetschen Verfügung zu treffen. Bei Empfang dieser zweiten Sendung beanstandete Schwarz in einem Schreiben vom 15. Juni 1855 die Waare. Auf Klage des M. J. Jörg verurtheilte das Stadtgericht am 5. December 1855 den Felix Schwarz zur Zahlung der eingeklagten Summe, er könne denn — rechtsgenügend darthun, daß die im Juni 1855 ihm von dem Kläger übersendeten Waare zur Zeit deren Absendung nicht von guter Beschaffenheit gewesen sei.

Auf Appellation des Klägers erkannte das Appellationsgericht am 15. Februar 1856 bestätigend, während das Oberappellationsgericht am 17. Juli 1857 unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz wider den dem Beklagten nachgelassenen Beweis dem Kläger auch noch salva reprobatione speciell den Beweis, „daß die schlechte Beschaffenheit der im Juni 1855 dem Beklagten übersandten Waaren erst seit dem 1. Mai eingetreten sei", vorbehielt.

219. Mora accipiendi. Verbalis oblatio. Billige Frist. Wirkungen.

I. Der Kläger hat für seinen Antrag alsbaldiger Condemnation des Beklagten — — noch geltend gemacht, daß derselbe

sich in mora accipiendi befunden habe. In dieser Hinsicht kann nun zwar

1. der den vorderen Erkenntnissen zu Grunde liegenden und von dem Beklagten in jetziger Vernehmlassung entschieden vertretenen Annahme, daß eine solche mora gar nicht vorliege, nicht beigetreten werden. Denn in der am Schlusse des Briefes vom 14. April enthaltenen Bitte, daß Beklagter wegen der noch restirenden 100 Centner Zwetschen Verfügung treffen wolle, liegt eine genügende Aufforderung zum Bezug der Waare — — —. Wenn aber in jetziger Instanz theils Beklagter in Anschluß an die sententia a qua eingewendet hat, daß die im Schlußzettel enthaltene Clausel „im Monat März frei Eisenbahn oder frei Schiff zu Haßfurt geliefert" nur eine Liefer-, keineswegs auch eine Empfangszeit festgestellt und für deren Innehaltung zwar eine Pflicht des Klägers als Verkäufers, aber kein Recht begründet habe, theils auch dies vom Beklagten, wie schon in duplicis eingewendet worden ist, daß mit der Aufforderung zur Abnahme kein Anerbieten einer bestimmten species (resp. Waare) verbunden gewesen sei, so kann auch diesen Einwendungen kein Gewicht beigelegt werden. Denn um in moram accipiendi zu versetzen, ist ein oblatio realis nicht absolut nothwendig, vielmehr je den Umständen nach eine bloße verbalis oblatio für genügend zu achten

cf. Madai Lehre von der mora p. 230 ss.
Puchta Vorlesungen II. p. 98
Seuffert Pand. §. 248 nte. 2

und hier war, ganz abgesehen davon, daß die abzunehmende Waare unbestritten auf dem Lager des Klägers bereit lag, deren Lieferung sonach gar keine Schwierigkeit für denselben hatte,

cf. L. 3 §. 4 D. emt. vend. (19,1)

mehr als bloße Aufforderung um so gewisser nicht erforderlich, als dem Beklagten nach dem Contracte die Bestimmung der Transportweise zustand und darüber noch eine Erklärung desselben gewärtigt werden mußte, ehe das zur wirklichen Lieferung Erforderliche klägerischerseits geschehen konnte. Und ebensowenig bietet die Sachlage für die Annahme, daß die Stipulation wegen der Lieferungszeit nur in des Beklagten, durch das Bereitliegen der Waare ohne-

hin ausreichend gesichertem Interesse getroffen sei, irgend welchen Anhalt dar, vielmehr war unverkennbar der Hauptzweck der Clausel nur der, alle Nebenunkosten, außer den eigentlichen Transportkosten, in den Kaufpreis mitzubegreifen, und ihre Fassung, insofern sie auf Lieferung „im Monat März" nicht „vom Monat März ab" lautet, spricht, wenn nicht in höherem, doch jedenfalls in gleichem Grade dafür, daß die rechtzeitige Erfüllung des Handels auch dem Kläger, als Verkäufer, dadurch gesichert werden sollte, für welchen jeder Verzug der Abnahme wegen der bis dahin von ihm zu tragenden Kosten und Gefahren der Lagerung und bei erst dann zu gewärtigender Zahlung mit Nachtheilen verbunden war.

So begründet und erwiesen wie hiernach der dem Beklagten gemachte Vorwurf einer **mora accipiendi** ist, kann nun aber doch zunächst

2. als der Zeitpunct, mit welchem dieselbe eingetreten sei, weder der 1. noch der 14. April, wie Kläger vermeint, anerkannt werden, indem damals eine Interpellation überall noch nicht erfolgt war, und hinsichtlich des in nachgedachtem Briefe ausgesprochenen Dispositionsverlangens dem Beklagten sogar nach Empfang jenes Briefes immer noch zu einer Entschließung, wie insbesondere für Beschaffung der seiner Wahl noch anheimgestellten und nachher wirklich gewählten Schifftransports-Gelegenheit, ein billiger Zeitraum freizulassen war und jetzt noch zu gute gerechnet werden darf und muß, dessen Größe alsbald **ex aequo et bono** gerichtsseitig zu bemessen und auf etwa 14 Tage festzustellen, sonach Beklagter als vom 1. Mai ab in **mora accipiendi** befindlich zu behandeln, im Hinblick auf die mit einem deßfalls etwa zu eröffnenden Zwischen- und Nebenbeweise für beide Partheien verbundenen Weiterungen und Kosten ebenso unbedenklich, als deren eigenem Interesse und der Sachlage entsprechend erschien. Sodann aber und vor Allem kann

3. die **mora accipiendi**, mag sie immerhin das **periculum interitus** wie **deteriorationis** auf den **creditor** übertragen,

cf. L. 2. C. de peric. et comm. (4,40)

und des **debitor** Haftungspflicht in der Weise beschränken, daß er von da ab nur noch für **dolus** und **culpa lata** einzustehen, dagegen

diligentiam so wenig als custodiam zu prästiren verbunden ist, immer nur in solcher und ähnlicher Weise durch Verringerung der Rechtsansprüche und Erweiterung der Verbindlichkeiten die Folgen und Wirkungen des in Frage stehenden Obligations-Verhältnisses modificiren, nicht aber dessen rechtliche Natur und wesentliche Voraussetzungen dahin alteriren, daß die Obligation des offerirenden Debitors völlig erlösche oder rechtlich eine ganz andere werde und von den dem Contract-Abschluß ausdrücklich beigefügten oder immanenten Bedingungen und Voraussetzungen überall gar nicht mehr abhängig wäre. Für die erst seit dem Eintritte dieser mora accipiendi stattgehabten Verschlechterungen in der Qualität der Zwetschen kann daher Kläger auch dann nicht mehr verhaftet sein, wenn dieselben aufgehört hätten, empfangbares Kaufmannsgut zu sein. Daß aber, selbst wenn erweislich, schon vorher oder von Anfang an die Waare von so schlechter Beschaffenheit gewesen wäre, daß das nach der Natur des hier vorliegenden Kaufgeschäfts dem Beklagten zuständige Recht, nur gegen Lieferung guter und brauchbarer Waare zur Abnahme und Zahlung verpflichtet zu sein, um des auf seiner Seite eingetretenen Verzugs willen als ohne Weiteres und völlig mit dessen Eintritt erloschen zu gelten habe und daß Beklagter daher bei allerdings nach dem Obigen vorhandener Liquidität der ihm vorgeworfenen mora unbedingt und ohne Vorbehalt irgend welchen Beweises über gute oder schlechte Beschaffenheit der fraglichen Zwetschen zu condemniren sei, stellt sich als ein der rechtlichen Begründung durchaus entbehrendes Verlangen des Klägers dar. In solcher Richtung und Beschränkung ist daher dem in der sent. a qua eventuell und hypothetisch erfolgten Ausspruche, daß durch eine mora des Beklagten „die Verpflichtung des Klägers, für gute Waare einzustehen, nicht aufgehoben" wäre, unbedenklich beizutreten, und konnte sonach, trotz klar vorliegender mora des Beklagten, dem auf dessen unbedingte Verurtheilung gestellten Principal-Gravamen keine Folge gegeben werden, sondern nur in Frage kommen,

II. ob und in welchem Maße etwa die über Beschaffenheit der im Juni 1855 nach Frankfurt gesendeten Zwetschen in den vorderen Instanzen erkannte Beweisführung eine Modification in

Gemäßheit oder doch Veranlassung derjenigen Eventual-Anträge zu erfahren habe, welche Kläger theils bei Ausführung seiner Principal-Beschwerde, theils in dem aufgestellten Gravamen selbst dahin gemacht hat, daß in dem stadtgerichtlichen Beweisthema den Worten „zur Zeit deren Absendung" die Worte „schon vor dem 1. (resp. 14.) April" substituirt würden, oder doch allermindestens gegen den vom Stadtgerichte erkannten Beweis Klägern der Beweis seiner Replik, daß die fragliche Waare nur zufolge des verzögerten Bezugs derselben Seitens des Beklagten gelitten haben könne, nachgelassen bliebe.

1. Die formelle Zulässigkeit dieser Eventual-Beschwerden und Anträge war, obwohl vom Beklagten bestritten und nicht völlig zweifellos, aus dem doppelten Grunde anzuerkennen, weil einerseits die Nichtberücksichtigung des gedachten, der vom Kläger gegen Beklagten erhobenen replica morae durchaus connexen Vorbringens in dem erstinstanzlichem Urtheil als stillschweigende Verwerfung einer selbstständigen Replik nicht gelten kann, da das Stadtgericht davon ausgehend, daß wegen mangelnder Interpellation eine mora überall nicht vorliege, durchaus keine Veranlassung hatte, auf die Frage einzugehen, welchen Einfluß eine solche und eine erst seitdem eingetretene Verschlechterung der Waare auf des Klägers Rechte und Verbindlichkeiten haben könnte, und weil andererseits Kläger bei seiner Appellation voriger Instanz zwar seinen Antrag nur auf unbedingte Verurtheilung Beklagtens gestellt, seine Beschwerde aber bei der Interposition so generell, daß die stadtgerichtliche Beweisauflage als eine Beschreitung der Rechtskraft mit abgeschnitten gelten muß, formulirt hat, auch die mündliche Ausführung seiner Beschwerde nach Inhalt der Entscheidungsgründe darauf mitgerichtet gewesen sein muß, daß die mora des Beklagten nicht die gebührende Berücksichtigung gefunden habe, und ihm „nachdem solches in der sent. a qua seines Erachtens gleichfalls nicht geschehen ist, die weitere Verfolgung und Specialisirung dieser Beschwerde nicht füglich, und zwar um so weniger versagt werden kann, als die Nichterwähnung des hier fraglichen replicarischen Vorbringens in den Entscheidungsgründen, da das Appellationsgericht mit dem Stadtgericht davon

ausging, daß mora überhaupt nicht vorliege, und solche zugleich als ganz unerheblich behandelte, keineswegs zu der Annahme berechtigt, es seien die hier in Frage stehenden Eventual-Beschwerden allererst in jetziger Instanz in den Kreis der Verhandlungen gezogen.

2. Materiell aber konnte denselben nicht in dem beantragten Maaße, sondern nur so, wie geschehen, Folge gegeben werden, indem nach den Ausführungen sub. I. 2 nicht einmal der 14., geschweige denn schon der 1. April als der Tag, wo die mora des Beklagten eingetreten ist, gelten kann, und natürlich demjenigen, welcher zu seinen Gunsten auf die mora des Gegners sich beruft, nicht bloß über deren Eintritt die Erbringung des erforderlichen Beweises obliegt, sondern auch über alle diejenigen thatsächlichen Momente, von, resp. an denen sich deren Folgen und Wirkungen abhängen und resp. kundgeben, vorliegend auch dem Beklagten, sollte der ihm vom Stadtgerichte auferlegte Beweis in dem beantragten Maße geändert werden, damit angesonnen würde, außer der an sich doch allein schon seine Annahme- und Zahlungsweigerung begründenden Mangelhaftigkeit der Waare, auch noch dies darzuthun, daß ihn, obwohl im Verzuge kein deßfallsiges Verschulden treffe.

XCI.

Gebrüder Heim zu Offenbach, Kläger und Widerbeklagte

contra

Carl Borgnis u. Cten, als provisorisches Comité der Actiengesellschaft für Fabrication comprimirter Gemüse dahier, Beklagte und Widerkläger.

Die Klage ist darauf gegründet, daß die Beklagten in den zwischen den Klägern und Carl Mathias abgeschlossenen Vertrag an Stelle des Letzteren eingetreten und den Klägern für die

nach diesem Vertrage gelieferten Maschinen laut Rechnung [7] abzüglich bereits erhaltener fl. — den Betrag von fl. —, sowie laut Rechnung [8] den Betrag von fl. — schuldig geworden seien, die Zahlung aber weigerten. — Die Beklagten erachten sich zur Zahlung der eingeklagten Beträge wegen nicht ordnungsmäßiger Lieferung der zu den bestellten Maschinen gehörigen hydraulischen Presse und des ihnen dadurch entstandenen Schadens nicht verbunden und erheben eine Widerklage. Die Kläger repliciren:

1. die gerügten Fehler, wenn wirklich vorhanden, berechtigten nicht zum Rücktritt vom Contracte, sondern begründeten nur einen Anspruch auf contractsmäßige Erfüllung, resp. Entschädigung.

2. Auch aus den Worten des Vertrags: „außerdem garantiren wir für die Güte und Solidität unserer Arbeiten sechs Monate dergestalt, daß wir Alles unentgeltlich ersetzen, was bei ordnungsmäßigem Gebrauche zerbrochen oder mangelhaft werden sollte", ferner aus dem Umstande, daß in dem Vertrage eine Probe auf die doppelte Druckkraft festgesetzt worden sei, müsse eine Redhibition ausgeschlossen bleiben.

3. Es seien auch nicht sämmtliche Maschinen, sondern nur die Presse und Preßhülse zur Disposition gestellt worden.

4. Diese Dispositionsstellung sei verspätet.

5. Die Beklagten hätten auch durch eine freiwillige Abschlagszahlung auf etwaige Einreden verzichtet.

6. Die Beklagten hätten die Presse approbirt.

7. Die Beklagten hätten die Presse verwahrlos't.

Das Stadtgericht erkannte am 30. August 1854

II. Beklagte sind schuldig — an die Kläger —,— fl. — — — gegen eine durch Bürgen oder Pfand zu leistende cautio de eventualiter restituendo zu zahlen.

III. Binnen gleicher Zeit haben zu beweisen

1. Kläger

a. daß die von ihnen den Beklagten gelieferte hydraulische Presse eine Druckkraft von 200,000 Kilogramm habe, oder

b. daß dieselbe diese Druckkraft durch Verwahrlosung und schlechte Behandlung von Seiten der Beklagten verloren habe;

2. die Beklagten, daß die ihnen von den Klägern gelieferte hydraulische Presse nachbenannte Fehler und Mängel oder welche derselben vor dem 16. Februar l. J. gehabt habe:

a. — — — ꝛc.,

gegen welche Beweise beiden Theilen allenthalben der Gegenbeweis, wie auch gegen die Beweise der Beklagten den Klägern der weitere Beweis vorbehalten bleibt, daß die vorerwähnten Fehler und Mängel oder welche derselben durch Verwahrlosung und schlechte Behandlung der Presse von Seiten der Beklagten entstanden seien.

IV. Nach geführten oder nicht geführten Beweisen soll in der Sache selbst, sowie der Kosten wegen weiter erkannt werden.

Auf Appellation der Kläger wurde dies Urtheil vom Appellationsgerichte am 21. Mai 1856 bestätigt, dagegen unter Compensation von einem Drittel der Kosten und Verurtheilung der Kläger in zwei Drittel der Kosten zweiter und dritter Instanz vom Oberappellationsgerichte am 18. Juli 1857 dahin geändert, daß, soviel

I. die sub. II. des Stadtgerichts-Erkenntnisses ergangene Condemnation der Beklagten anbelangt, Kläger zu Bestellung der ihnen auferlegten cautio de eventualiter restituendo nicht schuldig, und

II. die den Partheien sub. III. gedachten Urtheils auferlegten, resp. nachgelassenen Beweise dahin zu normiren seien,

A. Kläger haben — — darzuthun, „daß die von ihnen den Beklagten gelieferte hydraulische Presse bei deren am 16. August 1853 erfolgten Ablieferung eine Druckkraft von 200,000 Kilogrammen gehabt habe.“

B. Beklagte sind binnen gleicher Frist

1. zu beweisen schuldig, „daß die hydraulische Presse zur Zeit ihrer Ablieferung die im Stadtgerichts-Erkenntnisse sub. a-c aufgezählten Fehler und Mängel oder welche derselben gehabt habe;“ und bleibt ihnen

2. — — auch der Beweis unbenommen: „daß die Presse innerhalb der contractsmäßigen Garantiezeit vor dem 16. Februar 1854 die sub. A erwähnte Druckkraft verloren oder die vorgedachten sonstigen Fehler und welche derselben gezeigt habe.“

C. Beiden Theilen bleibt allenthalben der Gegenbeweis und insbesondere den Klägern, vorbehältlich wieder des Gegenbeweises der Beklagten gegen den denselben sub. B. 2 freigelassenen Beweis der weitere Beweis vorbehalten, „daß dies Folge von Verwahrlosung und schlechter Behandlung der Presse abseiten der Beklagten gewesen sei."

220. Cautio de eventualiter restituendo.

Die beiden ersten Beschwerden betreffen die im Stadtgerichtsurtheile vom 30. August 1854 sub. II. erfolgte Condemnation der Beklagten in den liquiden Theil der klägerischen Forderungen, diese jedoch nur insofern, als solche nicht unbedingt ausgesprochen, vielmehr den Klägern auferlegt ist, durch Bürgen oder Pfänder den Beklagten eine cautio de eventualiter restituendo zu bestellen. Diese Beschwerden mußten für begründet anerkannt werden. Denn ganz abgesehen davon, daß die von den Beklagten aufgestellten Einwendungen und Gegenforderungen sich auf diejenigen Fabricate und Arbeiten überall nicht beziehen, welche in der Rechnung der Kläger vom 3. Sept. 1853 zum Belaufe von fl. — zusammengefaßt sind, so stellt sich auch jene Caution durchaus als eine cautio judicatum solvi für den Fall dar, daß Beklagte mit ihren Reconventions-Ansprüchen zu einem ihre schon liquide und ihre noch streitige Schuld übersteigenden Belaufe durchdringen sollten. Zu derartiger Sicherheitsbestellung sind aber auch Fremde immer nur ausnahmsweise und dann verbunden, wenn besondere, in der Person des Widerbeklagten selbst oder wie in der

Fr. S. Goldschmidt c. Rymenans 1840

in den Justiz-Einrichtungen seines Wohnortes begründete Umstände der Realisirung der wider ihn erstrittenen Ansprüche voraussichtlich Hindernisse oder Schwierigkeiten bereiten werden. Vorliegend ist nun dies weder behauptet, noch erfindlich; und wenn zu Aufrechthaltung der vom Stadtgerichte ex officio beliebten Cautions-Auflage Beklagte in voriger Instanz sich auf den

J. R. A. §. 124

sowie auf die Autoritäten von

Bayer Vorträge 7. Aufl. p. 84 cf. 8. Aufl. p. 103

berufen haben, so kann darin eine Stütze der hier verlangten Sicherheitsbestellung nicht gefunden werden. Denn die betreffenden Bestimmungen und Aeußerungen beziehen sich lediglich auf den ganz anderen, der hier gegebenen Sachlage durchaus nicht analogen Fall, daß entweder wegen mangelnder Suspensivwirkung des noch zuständigen Rechtsmittels oder in Folge der Proceßart ein noch nicht völlig in Liquidität gestellter, möglicher Weise später als wahres indebitum anzuerkennender Anspruch zu vorläufiger Realisirung mittelst Execution gelangen muß. Es konnte daher kein Bedenken haben, die Verurtheilung der Beklagten in den durch ihr directes Geständniß bereits in völlige Liquidität gestellten Theil der klägerischen Forderungen zu einer unbedingten umzuwandeln.

221. Redhibition wegen nicht accordmäßiger Beschaffenheit.

Dem von den Beklagten excipiendo gestellten Verlangen, daß theils wegen Mangels der für die bestellte Presse stipulirten Druckkraft von 200,000 Kilogrammen, theils wegen anderer, näher specificirten, angeblich die Presse ganz unbrauchbar machenden Fehler Kläger nicht bloß mit ihrer deßfallsigen Forderung des für die Presse und Preßhülse bedungenen Preises abgewiesen, sondern auch zu deren Rücknahme schuldig erkannt würden, und die von denselben zurückgewiesene definitive Dispositionsstellung der fraglichen Maschinentheile als eine wohlberechtigte anerkannt werde, haben die Kläger zunächst

A. entgegengestellt, und zwar erst in voriger Instanz weiter ausgeführt, aber doch schon replicando herausgehoben, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen und stehen geblieben bei den Bestimmungen des gemeinen Rechts die gerügten Fehler, wenn wirklich vorhanden, doch nicht zum Rücktritte vom Contracte berechtigen, sondern nur auf bessere und contractsmäßige Erfüllung, resp. auf Entschädigung einen Anspruch begründen könnten. Nun aber liegt weder einer der Fälle hier vor, auf welche sich die von den Klägern allegirten und ähnliche Gesetzesstellen

L. 12 C. de rei vind. (3,22)

L. 8 u. 9 C. de contr. emt. (4,38)

L. 14 C. de resc. emt. (4,44)

L. 2 C. quando lic. ab emt. (4,45)

direct beziehen, noch handelt es sich überhaupt hier um eine Rescission des Contracts, vielmehr lediglich um eine exceptio non rite adimpleti contractus. Die Frage ist nur die, ob Käufer und Besteller eine weder approbirte noch bezahlte Waare trotz Contractwidrigkeit und solcher Fehlerhaftigkeit, welche sie zu dem Zwecke, für welchen sie ihrer Natur oder dem Contracte nach bestimmt sei, völlig unbrauchbar macht, annehmen und sich schlechthin damit begnügen müssen, daß der Verkäufer und Verfertiger den Versuch einer Reparatur mache; und dies ist zu verneinen. Jedenfalls könnte selbst von obigem Standpuncte aus nicht die von den Klägern beantragte Verurtheilung der Beklagten erfolgen; denn die Wahrheit der von ihnen gerügten Mängel vorausgesetzt, müßte mindestens zur Zeit eine Abweisung der auf Bezahlung gerichteten Klage eintreten, und um darüber, sowie ob eine Reparatur erforderlich und ob nach solcher noch auf den vollen Kaufpreis ein Anspruch begründet sei, demnächst erkennen zu können, würde es bei dem eröffneten Beweisverfahren bewenden müssen. — Wenn ferner

B. Kläger ihren Einwand, daß eine Redhibition der fraglichen Maschine ihnen überall nicht, wie es auch mit deren angeblichen Mängeln sich verhalte, angesonnen werden könne, aus dem besonderen Inhalte des hier geschlossenen Contractes, nämlich aus den wegen Probe der Maschine und wegen sechsmonatlicher Garantieleistung getroffenen Stipulationen gerechtfertigt erachten, so war ihnen hierin ebenso wenig beizutreten, vielmehr die dem Contracte von ihnen gegebene Deutung schlechthin zu verwerfen. Zwar dürfte

1. ꝛc. — — — Jedenfalls ist

3. nicht anzunehmen, daß die bloße Anstellung der Probe, welche ja nur Mittel und Vorbereitung für das Urtheil über die Brauchbarkeit der Maschine sein kann und die Approbation zwar herbeizuführen bestimmt, nicht aber zu ersetzen geeignet ist, der Beklagten Pflicht zur Annahme ohne Weiteres begründen sollte, welches auch ihr Ausgang wäre, und ebenso wenig ist anzunehmen, daß mit einer Probe die Sache habe abgethan sein sollen. Wie Kläger selbst den Beklagten wiederholt vorgehalten haben, daß

ihnen, mit oder ohne Zuziehung von Sachverständigen, wiederholte Proben anzustellen freigestanden hätte, so läßt sich das Recht hierzu auch schon der Natur der Sache nach nicht bezweifeln, weil der befriedigende Ausfall einer einzelnen Probe noch keine Bürgschaft für wirkliche und andauernde Brauchbarkeit einer Maschiene bietet. Mit klaren und bestimmten Worten hätte es ausgedrückt werden müssen und würde es sicher erklärt sein, wenn dies die Absicht der Partheien gewesen wäre, es solle mit der e i n e n Probe, sobald nur nicht ganz ungünstigen Ausgangs, Verweigerung der Annahme den Beklagten unter keinen Umständen mehr gestattet sein, was auch bei den weiteren, probeweise oder in ordentlichem Geschäftsbetriebe stattfindenden Pressungen das Resultat sein möchte. Außerdem widerstreitet auch

4. die Fassung der Garantie-Clausel selbst jener Behauptung der Kläger, daß nach einmal angestellter Probe Beklagte nur noch auf Grund der ihnen für 6 Monate geleisteten Garantie unentgeltliche Reparatur der fernerweit sich herausstellenden Mängel verlangen könnten. Denn einestheils hat diese Clausel den unentgeltlichen Ersatz des Zerbrochenen und Mangelhaften blos auf den Fall und für die Folgen o r d n u n g s m ä ß i g e n Gebrauchs zugesagt; letzterer aber setzt die Brauchbarkeit und Tüchtigkeit der Maschine und zwar als eine dauernde voraus. Anderntheils ist auch diese Garantieleistung für „Güte und Solidität unserer Arbeiten" durch die beigefügten Worte: „dergestallt daß ꝛc." auf die im Einzelnen hinterher etwa eintretenden ä u ß e r l i c h e n B e s c h ä d i g u n g e n im engeren Sinne des Wortes (verb. „was zerbrochen oder mangelhaft werden sollte") im Gegensatze solcher Fehler beschränkt, welche die innere Construction und Zweckmäßigkeit, wie Wirksamkeit der Maschine i m G a n z e n betreffen, und wäre also für den Fall, daß letztere, die doch vor allen präjudicirlich für den Besteller wären, nach angestellter Probe erst durch den Gebrauch sich herausstellten, auch nicht einmal für die nächstfolgende Zeit auf kostenlose Beseitigung derselben ein klar und unzweifelhaft anerkannter Anspruch durch jene Clausel den Beklagten gesichert gewesen, wenn man davon mit den Klägern ausginge, daß diese überhaupt n u r insoweit und in dem Maße als

der Contract wörtlich besage, hätten haftbar sein wollen und sollen. Auf das die beiden Stipulationen verknüpfende Wort „außerdem" läßt sich nicht mit den Klägern irgend welches Gewicht legen. Einfach und vollständig erklärt es sich daraus, daß ausweislich der schon oben erwähnten Correspondenz vom Februar 1853 Kläger beim definitiven Abschlusse des Contracts noch neben der von ihnen gleich Anfangs anerbotenen Garantieleistung, welche selbst schon eine Ausnahme von dem allgemeinen Vertragsrecht bildet, zu dem weiteren besonderen Zugeständnisse sich verstanden, daß eine Probe auf höchste Leistungsfähigkeit der Ablieferung vorangehe. Auch bietet sonst die Garantie-Clausel weder an sich, noch in ihrer Fassung irgend welchen Hinweis oder Anhalt dar, daß sie Umfang und Art der den Beklagten obliegenden Haftpflicht in exclusiver Weise contractlich festzustellen und unter das Maß der den redemptor operis gemeinrechtlich und regelmäßig treffenden Verbindlichkeiten zu beschränken bestimmt gewesen sei. — Allem diesem nach war

5. darin den Beklagten, wie den früheren Urtheilsverfassern durchaus beizutreten, daß, dafern nur an der ihnen gelieferten Maschine wirklich solche Fehler nachweislich sind, welche sie unbrauchbar machen und nach allgemeinen Grundsätzen die Annahme-Weigerung, resp. das Verlangen der Rücknahme rechtfertigen, die hier vorliegende lex specialis contractus weder an sich, noch etwa in Folge dessen, daß die Probe für gehörig angestellt zu erachten wäre, der Geltendmachung jenes Rücktrittsrechts entgegenstehe, und daß die Beklagten zwar bei Mangel, resp. Unerweislichkeit solcher Fehler und Gebrechen der Presse, welche die Redhibition zu begründen vermöchten und die Versagung der Approbation rechtfertigten, auf Grund der Garantie-Clausel unentgeltliche Beseitigung zu verlangen befugt gewesen wären und immer noch sein würden, daß jedoch in keiner Weise dieselben gehalten sind, dies als das einzige, neben und nach jener Probe ihnen contractlich zuständige Recht gelten zu lassen.

222. Theilweise Dispositionsstellung.

Unerheblich ist zunächst (für die Behauptung der Kläger, daß die Dispositionsstellung der Presse keine Berücksichtigung finden dürfe), daß von den sämmtlichen zusammenbestellten und zu einander gehörigen Maschinen nur die Presse und die Preßhülse zur Disposition gestellt worden ist. Denn wenn dies nicht nach Analogie der im Stadt-Gerichts Erkenntnisse angeführten Gesetzesstellen*) dadurch gerechtfertigt erschiene, daß für jede Maschine eine gesonderte Preisbestimmung getroffen war, so würde doch jene Zusammengehörigkeit jedenfalls nur dahin führen können, daß Kläger, was nicht geschehen ist, auch die Rückgabe der übrigen, unbeanstandet gebliebenen Stücke verlangen dürften.

223. Alsbaldige Dispositionsstellung, beschränkt auf den Handelsverkehr mit Waaren (cf. Nr. 226.).

Von einer Verspätung der Dispositionsstellung, wodurch das Recht dazu, wenn auch sonst begründet, verloren wäre, welchen Einwand übrigens Kläger replicando nur andeuteten und erst in den oberen Instanzen besonders geltend gemacht haben, kann nicht die Rede sein. Denn der für den eigentlichen kaufmännischen Verkehr geltende, auch Seitens des Oberappellationsgerichts vielfach anerkannte Satz, daß Untersuchung der Waare und Erklärung über deren Annahme alsbald nach ihrem Empfang zu erfolgen habe, und daß ein deßfallsiger erheblicher und unmotivirter Verzug des Rechts zur Ablehnung verlustig mache, ist auf den eigentlichen Handelsverkehr mit Waaren zu beschränken, auch bisher nur für diesen in diesseitigen Präjudicaten als besonderer, vom gemeinen Rechte abweichender Handelsbrauch anerkannt worden. Auf Maschinen, welche keinen von Hand zu Hand gehenden Gegenstand des Waarenverkehrs bilden und welche mehr oder weniger immer individuellen Bedürfnissen und Ansprüchen genügen sollen, wird sich schon aus diesem Grunde überhaupt nur in sehr beschränktem Maße von jenem Satze Anwendung machen lassen, wie er denn auch in der von den Klägern allegirten

Fr. S. Klees u. Hauser c. Reuleaux 1840

---

*) L. 36. 38. § 12 u. 14. D. de aed. ed. (21, 1)

nur dahin benutzt worden ist, daß von den während des Gebrauchs sich herausstellenden Fehlern, um die deßfallsige Garantie-Zusage geltend machen zu können, alsbaldige Anzeige gemacht werden müsse, und ohne solche von der Maschine fernerer Gebrauch nicht gestattet sei. Vollends aber wird man für die Erprobung einer nach bestimmten Angaben bestellten Maschine und für die Erklärung, ob solche als fehlerfrei und brauchbar erachtet werde und angenommen sein solle, nicht auf alsbaldiger Untersuchung und sofortiger Kundgabe des Entschlusses bestehen können. Hier ist nicht in dem Maße, wie bei eigentlicher Handelswaare, die Untersuchung unabhängig von dem Geschäftsbetriebe selbst, wird vielmehr oft entweder erst durch die Benutzung für letzteren möglich oder führt doch blos mittelst wiederholten Gebrauchs zu verläßlichen Resultaten, ganz abgesehen davon, daß hier für den Besteller die Zuziehung von Sachverständigen in erhöhtem Grade nothwendig und zugleich doch auch schwierig und nicht alsbald ausführbar zu sein pflegt. Wiederholte Untersuchung und die Anstellung größerer Probe-Versuche liegt daher in solchen Fällen dergestalt in der Natur der Sache, daß es umgekehrt häufig befremdlich und mit der bona fides kaum vereinbar wäre, wollte der Besteller auf das, wenn ungenügende, doch immer noch unsichere und über die Unbrauchbarkeit und Mangelhaftigkeit keineswegs entscheidende Ergebniß der ersten Untersuchung hin sofort die Maschine zur Disposition des Verfertigers stellen.

Auch ist die erneute Anstellung von Proben, welche die Approbation oder Reprobation eben nur herbeiführen soll, nicht aber ohne Weiteres beweisen oder gar ersetzen kann, und ebenso die Hinausschiebung der definitiven Erklärung über Annahme oder Ablehnung um so unbedenklicher, als ein in der Natur der Sache begründetes, nur durch klare und ausdrückliche Stipulation ausgeschlossenes Recht des Bestellers anzuerkennen, weil nicht blos derselbe für die durch ungehörige und unnöthige Proben herbeigeführten Beschädigungen und Verschlechterungen verantwortlich ist, sondern auch dem Verfertiger und Lieferanten unbenommen bleibt, wenn er von vornherein einen bestimmten Termin zu verabreden unterließ, hinterher einen angemessenen dem Besteller setzen zu

lassen, bis zu welchem die Erprobung zu beendigen und die definitive Erklärung abzugeben sei, und weil überdies die Reprobation, resp. die Redhibition nicht vom freiem Ermessen und individuellen Belieben des Bestellers abhängt, sondern blos ex justa causa und dann erfolgen kann, wenn wirklich die Maschine unbrauchbar oder contractwidrig und damit inapprobabel und inacceptabel ist.

224. Beweislast bei einem dictum et promissum.
(cf. Bd. II. Nr. 128. 264.)

Wenn — die Kläger — sich darüber beschwert haben, daß ihnen und nicht vielmehr den Beklagten darüber Beweis angesonnen sei, ob die hydraulische Presse die contractmäßige Druckkraft von 200,000 Kilogrammen gehabt habe oder nicht, so konnte die Grundlosigkeit dieser Beschwerde keinem Zweifel unterliegen. Denn es handelt sich hierbei um ein specielles dictum et promissum, und für Fälle dieser Art ist das Oberappellationsgericht immer davon ausgegangen, daß der klagende Verkäufer und Lieferant zu beweisen habe, daß die von ihm gelieferte Sache die speciell zugesagten Eigenschaften besitze,

vergl. Bender Handbuch des Fr. Proc. §. 41 nte. 4

was hier um so weniger ein Bedenken haben kann, als Approbation und Abnahme der Presse abseiten der Beklagten noch nicht erfolgt ist.

225. Conductio operis. Lieferung einer Maschine. Uebergang der Gefahr.

Dem ad grav. V. gestellten Antrage gemäß war zu verfügen, daß der deßfallsige Beweis darauf gestellt werde, ob die Presse zur Zeit der Ablieferung d. h. am 16. August, wo die Aufstellung derselben im Locale der Beklagten erfolgte und zu der Tags darauf wirklich angestellten Probe Alles bereit war, die obige Druckkraft gehabt habe. Wenngleich nämlich bei einer conductio operis der vorliegenden Art erst mit der ertheilten Approbation abseitens des Bestellers und Käufers der Vertrag zur vollen Perfection gelangt und wenngleich für die der Approbation vorangehende Prüfung die erforderliche Zeit nicht zu versagen steht, so muß doch immer als der entscheidende Moment dies angesehen

werden, ob zu dem Zeitpunkte, wo das opus vollendet und zu des Bestellers Verfügung und Benutzung gestellt war, was hier mit der in der beklagtischen Fabrik bewirkten Aufstellung und der deßfallsigen Anzeige geschah, die Arbeit approbabel, d. h. den contractmäßigen oder in ihrer Bestimmung liegenden Erfordernissen entsprechend, sowie fehlerfrei war. Denn solchen Falles hätte die Approbation eigentlich alsbald geschehen müssen und nur ein factischer Verzug in deren Kundgebung tritt wegen der zumeist im Interesse des Bestellers freizulassenden Untersuchung unvermeidlich ein. Wie nun dieser ihm selbst nicht dahin präjudicirt, daß er des Rechts späterer Reprobation, wenn das opus sich wirklich als fehlerhaft ausweist, verlustig ginge, so kann auch dem Verfertiger, zumal wo mit der Vollendung, wie hier, auch das opus seiner custodia entzogen wird, nicht angesonnen werden, daß er, obwohl er und nachdem er seinen übernommenen Verbindlichkeiten vollständig durch Lieferung eines fehlerfreien und daher, wenn auch noch nicht de facto approbirten, doch de jure nothwendig zu approbirenden Werkes nachgekommen ist, dessenungeachtet für alle bis zur wirklichen Approbation von außen her und ohne sein Verschulden eintretenden Aenderungen und Beschädigungen noch einstehe und die Gefahr seinerseits bis zu jenem Momente trage. Es wird vielmehr, wie die an den Act der Approbation sich knüpfende völlige Perfection des Geschäfts immer auf den Moment der Vollendung und Lieferung retrotrahirt, so auch die Frage, inwiefern jene Approbation zu versagen oder zu ertheilen, resp. mit Recht oder Unrecht verweigert worden sei, immer davon abhängig gemacht werden müssen, ob in dem gedachten Momente das Werk approbabel war oder nicht. Unter dieser Voraussetzung und Beschränkung vorhandener Approbabilität ist der auf Grund von

L. 36. 37 D. locati (19, 2)

neuerdings besonders von

Mommsen Beiträge Abth. I. p. 371 ss III. p. 420 ss

des Weiteren ausgeführten Ansicht, daß mit Vollendung des opus die Gefahr auf den Besteller übergehe, beizutreten.

Hierin kann auch vorliegend die von den Klägern geleistete Garantie-Zusage nichts ändern, wie dies das Stadtgericht

insofern angenommen zu haben scheint, als in den Entscheidungsgründen gesagt ist, es liege den Klägern der Beweis ob, daß die Presse die zugesagte Druckkraft innerhalb der Garantiezeit gehabt habe. Denn diese besondere Clausel begründet für die Kläger zwar die weitere Verpflichtung, daß sie auch nach bereits auf die Besteller übergegangener Gefahr alle diejenigen Beschädigungen, welche trotz ordnungsmäßigen Gebrauchs der Presse binnen 6 Monaten eintreten möchten, unentgeltlich herzustellen haben. Sie kann aber für dieselben nicht die Folge haben und dahin ausgedehnt werden, daß sie nach Lieferung einer durchaus approbablen Presse und trotz damit eingetretener vollen Erfüllung ihrer Hauptverbindlichkeit wegen solcher Mängel, welche durch den Gebrauch nicht etwa nur erkennbar werden, sondern erst entstehen, dem Besteller noch das Rücktrittsrecht und die Befugniß zur Dispositionsstellung ganz so zu gewähren verpflichtet wären, wie wenn sie eine mit offenen oder heimlichen Fehlern behaftete Presse geliefert hätten, und ihren übernommenen Verbindlichkeiten sonach nicht nachgekommen wären.

Uebrigens konnte die hiernach erforderliche Aenderung der stadtgerichtlichen Beweisauflage nicht in der Art, wie sie nach Fassung der Beschwerde allerdings geboten war, d. h. als dritte Alternative neben den beiden vom Stadtgerichte den Klägern auferlegten Beweisen, sondern nur in der Art eintreten, daß statt der ersten auf dermaliges Vorhandensein der Druckkraft gestellten Alternative in obigem Maße der Nachweis über die bei der Ablieferung vorhanden gewesene Druckkraft zu erbringen sein wird. Zwar wird es den Klägern, wenn und soweit aus der dermaligen Druckkraft der Presse ein verläßlicher Rückschluß auf die frühere und damalige sich ziehen läßt, unbenommen bleiben, darzuthun, was sie allerdings behauptet haben, daß noch jetzt die stipulirte Druckkraft vorhanden sei; immer aber doch konnte ein weiterer Beweis ihnen nicht auferlegt werden, als daß zu jener Zeit die Presse von der stipulirten Beschaffenheit gewesen sei.

Auch war in Folge dieser Aenderung nicht bloß die zweite stadtgerichtliche Beweis-Alternative, daß die Presse, wenn solche die Druckkraft nicht mehr habe, dieselbe nur durch schlechte Be-

handlung und Verwahrlosung abseiten der Beklagten verloren habe, in solchem Maße nicht weiter beizubehalten thunlich, da die erst nach der Ablieferung eingetretene Benutzung der Presse für die Frage, von welcher Beschaffenheit dieselbe bei der Ablieferung gewesen, bedeutungslos ist, sondern es war auch noch darauf Rücksicht zu nehmen, daß, wenn die Presse später, aber noch innerhalb der Garantiezeit, die vollständige Druckkraft nicht gehabt hätte, wie dies die Beklagten bestimmt auf Grund der am 17. August und später versuchten Pressungen behaupten, denselben wenigstens auf unentgeltliche Herstellung der Druckkraft so lange ein wohlbegründeter Anspruch zur Seite steht, als nicht ordnungswidriger Gebrauch der Presse stattgehabt hätte und daß sie, wenn auch wegen dieser späteren Minderung der anfänglich und zur Zeit der Ablieferung erweislich vorhandenen Druckkraft ihre Weigerung, die Maschine zu behalten, nicht gerechtfertigt erschiene, doch bis zur Herstellung solchen Schadens die Zahlung retiniren dürften. Es mußte daher den Beklagten neben den Beweisen, welche das Stadtgericht ihnen wegen der sonstigen Fehler, wodurch die Presse von Anfang an unbrauchbar gewesen sein soll, auch noch über jene Behauptungen ein Beweis nachgelassen werden, gegen welchen dann den Klägern der mit ihrem Hauptbeweise vom Stadtgerichte alternativ verbundene, in diesem Maße aber nach dem Vorstehenden nicht weiter stattnehmige Beweis der Verwahrlosung und schlechten Behandlung der Presse Seitens der Beklagten und daß solches den späteren Verlust an Druckkraft veranlaßt habe, als Replikenbeweis neben dem directen Gegenbeweise frei bleiben mußte.

— — — — — — — — — — — — — — — — —

Das ad grav VI. voriger Instanz gestellte Verlangen, daß von den Beklagten außer dem Beweise der von ihnen excipiendo gerügten Fehler und Mängel der Presse auch noch dargethan werde, die Presse ordnungsmäßig gebraucht zu haben, war als unbegründet zu verwerfen. Denn die Fehlerhaftigkeit, resp. die Garantiezusage bildet als solche das Fundament der beklagtischen Einreden, resp. Ansprüche, und ist es als besondere Replik aufzufassen, also auch von den Klägern zu beweisen, wenn sie in Folge eines Verschuldens der Beklagten entweder von der Vertretung

jener Fehler oder von der Erfüllung dieser Zusage frei zu sein vermeinen.

XCII.

Conrad Ranke dahier, Kläger

contra

Georg Ernst Lüdekind zu Hannover, Beklagten.

Conrad Ranke klagte den näher specificirten Preis einer von G. E. Lüdekind bestellten und gelieferten Maschine ein. Beklagter opponirte

1. die Einrede, daß die Maschine bei den angestellten Proben sich wegen unrichtiger Constructionsweise als unbrauchbar erwiesen hätte und deßhalb hiermit zur Disposition gestellt würde;

2. die Preise seien übersetzt.

Der Kläger behauptet dagegen die Verspätung der Dispositionsstellung; ferner sei die Maschine nach einer im Besitze des Häfnermeisters Benkard befindlichen Maschine bestellt worden, endlich habe Beklagter die angebliche Uebersetzung der Preise nicht gehörig substantiirt.

Das Stadtgericht verurtheilte am 18. April 1855 den Beklagten zur Zahlung von fl. — und legte dem Kläger unter Verwerfung der Einrede der Uebersetzung in Bezug auf pos. 1—6 der eingeklagten Rechnung, in Bezug auf pos. 7 den Beweis auf, daß dieselbe nicht übersetzt sei.

Auf beiderseitige Appellation wurde dies Urtheil vom Appellationsgerichte am 17. August 1855 bestätigt, während auf Oberappellation des Beklagten das Oberappellationsgericht am 5. September 1857 unter Vergleichung der Kosten dritter Instanz die partiell erfolgte Verurtheilung des Beklagten wiederum aufhob und neben dem dem Kläger im Stadtgerichts-Erkenntnisse auferlegten Beweise dem Beklagten noch den Beweis nachließ, daß Kläger ihm eine in Folge unrichtiger Constructionsweise

unbrauchbare Druckmaschine geliefert habe, wogegen dem Kläger außer dem directen Gegenbeweise auch der Beweis seiner Replik freigelassen blieb, daß und welchergestalt ihm die Anfertigung der fraglichen Maschine nach der im Besitze des Frankfurtischen Häfnermeisters Benkard befindlichen Maschine aufgetragen und daß diesem Modelle die von ihm gelieferte Maschine entspreche, resp. daß deren Abweichung von solchem, soviel die Schraube ohne Ende betrifft, ausdrücklich vom Beklagten genehmigt sei.

226. Conductio operis. Dispositionsstellung. Approbation. (cf. Nr. 223.)

Wenn die vorderen Gerichte übereinstimmend davon ausgegangen sind, daß Beklagter gehalten gewesen wäre, die ihm von Frankfurt zugesandte Maschine alsbald nach deren Ankunft zu untersuchen und wenn sie hierbei oder bei den angestellten Proben sich als unbrauchbar oder fehlerhaft erwiesen hätte, dieselbe sofort zur Disposition des Klägers zu stellen, so ist freilich

1. diese Dispositionsstellung, weil die Maschine bereits im April des Jahres 1853, die eingeklagte Rechnung schon unterm 12. Januar 1854 dem Beklagten zuging, ungewöhnlich spät erfolgt. Denn es kann, da die in duplicis vorkommende Behauptung des Beklagten nicht erst nach 1½ Jahren, sondern längst schon, schriftlich und mündlich, persönlich und durch Dritte, von der Unbrauchbarkeit der Maschine dem Kläger Anzeige gemacht zu haben, überhaupt der erforderlichen Substantiirung gänzlich entbehrt, insbesondere aber, ob auch Rücknahme derselben verlangt worden sei, ganz ungewiß läßt, nur die am 6. Februar 1855 erfolgte Einreichung der Exceptionsschrift als der Zeitpunkt angesehen werden, wo die Dispositionsstellung erfolgte. Allein es darf

2. der Satz, daß Untersuchung einer auf Bestellung übersendeten Waare und Erklärung über deren Annahme alsbald nach Empfang zu erfolgen habe, wie dies das Oberappellationsgericht erst kürzlich (in dem n. 223 mitgetheilten Erkenntnisse) ausgesprochen und näher begründet hat, über das Gebiet des eigentlichen kaufmännischen und Waarenverkehrs hinaus überall

nicht und am wenigsten auf den Fall ausgedehnt werden, wo es sich um die Erprobung und Brauchbarkeit, resp. Güte einer zu speciellen Zwecken und nach bestimmter Angabe bestellten Maschine handelt. Hier ist vielmehr die Befugniß zu Vorschützung der **exceptio non rite adimpleti contractus**, welche allein und nicht eine Redhibition im engeren Sinne des Wortes vorliegend in Frage steht, an sich überhaupt nicht an bestimmte Frist gebunden und das Recht des Bestellers unzweifelhaft, zu Vergewisserung über die Tüchtigkeit des **opus conductum** und Behufs der von ihm erwarteten Approbation desselben wiederholt sowohl Untersuchungen, als größere Probeversuche eintreten zu lassen. Nur erst

3. die wirkliche Approbation, sei es, daß sie ausdrücklich ausgesprochen wäre oder aus den concreten Umständen sich klar ergäbe, bringt den in solcher **operis conductio** liegenden Kauf zur vollen Perfection und kann namentlich die Befugniß, auf Rücknahme der gelieferten Arbeit zu bestehen, als wodurch bei deren gänzlichen Unbrauchbarkeit dem Besteller der ihm gebührende Ersatz des vollen Interesses in der Regel allein wird zu Theil werden können, demselben nur unter Voraussetzung und erst von dem Zeitpunkte solcher Approbation ab versagt werden. Nun aber ist, daß letztere erfolgt oder deßfallsige definitive Erklärung binnen bestimmter Frist verlangt sei, weder vom Kläger behauptet, noch steht nach Inhalt der Acten eine solche Approbation als stillschweigend geschehen anzunehmen, indem, daß Beklagter die gelieferte Maschine für sein Geschäft in Gebrauch genommen und behalten habe, gar nicht vorgebracht ist und als unerheblich, mithin zur Beweisnachlassung ungeeignet zu erachten wäre, sollte er wirklich, wie Kläger übrigens erst in zweiter Instanz und sonach zu spät behauptet hat, diejenigen Röhren für befriedigend erklärt haben, welche Kläger mit der Maschine noch vor deren Absendung gepreßt und dem Beklagten bei dessen späterer Anwesenheit in Frankfurt vorgelegt haben will. Es kann daher für den Fall, wenn eine wirkliche Unbrauchbarkeit der gelieferten Maschine und damit das constatirt zu werden vermöchte, daß Beklagter **ex justa causa** dieselbe zur Disposition gestellt habe, demselben auch jetzt noch das Recht, deren Abnahme und Bezahlung zu weigern, nicht ver-

sagt und der deßfallsige Einwand für verspätet und deßhalb verloren nicht erklärt werden.

227. Conductio operis. Specialisirung der Mängel bei totaler Unbrauchbarkeit.

Dem (vorerwähnten) Einwande — steht auch nicht der Mangel der erforderlichen thatsächlichen Substantiirung und Specialisirung entgegen. Denn um eine Fehlerhaftigkeit der Maschine im Einzelnen, wo eine specielle und genaue Angabe der angeblichen Mängel allerdings nöthig und bei der in das kleinste Detail der Arbeit eingehenden Beschreibung der Maschine, welche die der Klage zu Grunde gelegte Rechnung liefert, selbst ohne Zuziehung von Sachverständigen für den Beklagten als Fabrikanten und wegen der von ihm mit der Maschine angestellten Probe möglich gewesen wäre, handelt es sich vorliegend nicht. Beklagter hat vielmehr die Annahme nur wegen totaler Unbrauchbarkeit der Maschine geweigert und ist dabei einerseits von ihm ausdrücklich und bestimmt der Grund dahin angegeben, daß die Maschine auf unrichtigem Constructions-Principe basirt sei, andrerseits nicht zu übersehen, daß über Grund oder Ungrund dieser Ausstellung dem Richter wegen mangelnder Sachkenntniß ein selbstständiges Urtheil nicht zustehen würde, vielmehr Augenscheins-Einnahme und Gutachten von Sachverständigen, für deren Instruction noch im Einzelnen über die specielle Beschaffenheit der fraglichen Maschine das etwa Erforderliche und Dienliche vorgebracht werden könnte, immer doch einzutreten hätte. Unter solchen Umständen würde, selbst wenn in dem duplicarischen weiteren Vorbringen eine Verbesserung und Vervollständigung nicht zu finden sein sollte, die excipiendo erfolgte generelle Erklärung, daß wegen unrichtiger Construction die ganze Maschine unbrauchbar und zu Erfüllung ihres Zweckes untauglich sei, um so gewisser für ausreichend sich erachten lassen, als es hier doch nur darauf ankam, dem Gegner, wie dem Richter die Natur des Fehlers, um dessen Willen die Annahme geweigert werde, hinreichend kenntlich zu machen, dies aber bei obiger Aeußerung zutrifft.

228. Beweislast bei einem dictum et promissum.
(cf. Bd. II. Nr. 128 u. 264. Bd. III. Nr. 224.)

— — Anlangend die deßfallsige Beweisauflage, so konnte, daß *a.* die Beweislast den Beklagten treffe, nach der in diesseitigen Präjudicaten mehrfach z. B.

Fr. S. Lebling c. Gerothwohl 1832
Amschel c. Herzfeld 1850 Bd. II. Nr. 128
Discher c. Hauser 1851 Bd. II. Nr. 264

näher entwickelten, auch in die Frankfurter Praxis übergegangenen

cf. Bender Handb. des Proc. p. 99 in f.

richtigern Ansicht kein Bedenken obwalten. Denn es handelt sich bei obigem Einwande weder um Nichterfüllung eines dicti et promissi, noch um den Mangel einer indirect speciell bedungenen Eigenschaft, sondern nur um das angebliche Vorhandensein solcher Mängel und Fehler, für welche der Verkäufer einzustehen schon gesetzlich verbunden ist; in Fällen dieser Art aber stellt sich die exceptio non rite adimpleti contractus als eine wirkliche Einrede des Beklagten dar und ist mithin auch von ihm der erforderliche Beweis zu erbringen.

b. Der Beweissatz war in Anschluß an das exceptivische Vorbringen nicht bloß darauf, daß die Maschine sich unbrauchbar erwiesen habe, sondern auch auf den vom Beklagten dafür angegebenen Grund unrichtiger Constructionsweise zu stellen, zugleich hierauf zu beschränken, weil in erster Instanz keine sonstige Fehlerhaftigkeit gerügt worden ist. Dabei versteht es sich nun von selbst, daß vorliegend, wo eine Verpflichtung des Klägers zur Aufstellung der Maschine in Hannover nicht behauptet ist, schon für die Zeit ihrer Vollendung und nach Hannover erfolgter Absendung das Vorhandensein derjenigen Einrichtungen nachzuweisen sein wird, in welchen die Constructionswidrigkeit und der Grund der Unbrauchbarkeit nach Ausspruch der Sachverständigen zu finden wäre. Denn die Approbabilität des opus conductum vorausgesetzt, geht wie das Oberappellationsgericht gleichfalls (in Nr. 225) des Näheren ausgeführt hat, die Gefahr schon mit dem Augenblick auf den Besteller über, wo der Verfertiger und Uebernehmer Alles geleistet hat, was ihm an sich oder nach der besonderen Abrede zu

beschaffen oblag, ohne daß es darauf ankommt, ob die Approbation selbst bereits erfolgt ist. Da aber in Bezug auf Zeit, wie Art der Ablieferung und Erprobung der Maschine der eigentliche Sachverhalt zur Zeit noch zu wenig klar vorliegt, überdies der angebliche und mit zum Beweise verstellte Grund der Unbrauchbarkeit schon an sich auf die Zeit vor der für den Uebergang der Gefahr entscheidenden Vollendung und Absendung des Werkes hinweist, so hat es am angemessensten erscheinen müssen, in solchem Maße, als geschehen, dem Beklagten den deßfallsigen Beweis nachzulassen. Gegen diese beklagtische Beweisführung war aber

c. dem Kläger, außer dem directen Gegenbeweis auch noch ein besonderer Beweis nachzulassen. Zwar nicht über das Vorbringen, daß er seinerseits vor Absendung der Maschine mit günstigem Erfolge Proben mit derselben angestellt habe; denn theils hat dies nur der unbeachtet zu lassenden Vermuthung, es müsse bei der Aufstellung der Maschine etwas versehen sein, zur Unterstützung dienen sollen, theils würde daraus nur etwa folgerungsweise herzuleiten stehen, daß die Maschine nicht auf unrichtiger Construction beruhen und unbrauchbar sein könne, mithin diese Thatsache, wenn wahr, immer blos ein Moment für den directen Gegenbeweis bilden, durch dessen allgemeine Nachlassung auch dem Kläger hinlänglich das Recht gewahrt ist, alle dafür als Prämissen dienlich scheinenden Facta in den Kreis seiner Beweis-Antretung zu ziehen. Dahingegen bildet die Angabe des Klägers, es sei ihm nach dem Modelle der im Besitze des Frankfurter Häfnermeisters Benkard befindlichen Maschine die Anfertigung der vom Beklagten bestellten aufgetragen gewesen, eine wirkliche und dabei sehr erhebliche Replik. Denn für einen Handwerksmeister, im Gegensatze von Maschinen-Fabrikanten und eigentlichen Mechanikern, kann es jedenfalls kein Bedenken haben, daß er bei Bestellung nach Modell oder Probe nur für die Tüchtigkeit der in sein Fach fallenden Arbeit und für Uebereinstimmung des gelieferten Werkes mit dem Modelle, nicht aber für Constructionsmängel und sonst fehlerhafte Einrichtung einzustehen habe. Es war daher dies replicarische Vorbringen zum Beweise zu verstellen, und konnte es auch, damit dem deßfallsigen Beweisverfahren eine

bestimmte Richtung und Begrenzung gesichert bleibe, kein Bedenken haben, für die Feststellung des Beweissatzes dasjenige mitzubenutzen, was von dem Kläger in den oberen Instanzen über die bei der Bestellung beliebte Hinweisung auf die zum Modell bestimmte Benkard'sche Maschine noch vorgebracht ist und als Erläuterung seines an sich schon genügenden, wenn auch allgemeiner gefaßten deßfallsigen Vorbringens erster Instanz betrachtet werden durfte.

XCIII.

Emanuel Buck zu Oberrad, Kläger u. Widerbeklagter contra Wittwe Dorothea Weyland, geb. Hahn dahier, Beklagte u. Widerklägerin.

Die Wwe. Dorothea Weyland forderte widerklagend die Summe von fl. — sammt Proceßzinsen. Das Stadtgericht setzte die Entscheidung über die Widerklage bis zum definitiven Spruche in der Vorklage aus. Auf Appellation der Widerklägerin verurtheilte das Appellationsgericht den Widerbeklagten zur Zahlung von fl. —, überging aber die erwähnten Proceßzinsen in seinem Urtheile. Als später die Vorklage definitiv entschieden ward, verlangte Widerklägerin abermals jene Proceßzinsen. Das Stadtgericht erkannte am 10. December 1856 den Widerbeklagten für schuldig, diese Proceßzinsen zu zahlen. Auf Appellation des Widerbeklagten wies das Appellationsgericht am 16. Januar 1857 die Berufung zurück, das Oberappellationsgericht dagegen erkannte am 12. September 1857, daß unter Verurtheilung der Widerklägerin in die Kosten der ersten Instanz und unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz die Widerklägerin mit ihrem Antrage auf nachträgliche Zuerkennung von Proceßzinsen für den Belauf der Widerklage abzuweisen sei.

229. Proceßzinsen. Uebergehen derselben im Urtheil. Rechtskraft.

Die Widerklägerin hat denjenigen Belauf, für welchen die jetzt in Rede stehenden Proceßzinsen ihrerseits gefordert und ihr auch von den vorigen Richtern nachträglich zuerkannt worden sind, schon ursprünglich mit Bestimmtheit zum Gegenstande einer Widerklage gemacht, also ihn nicht etwa mittelst der Einrede der Compensation mit der klägerischerseits aufgestellten Forderung — der Vorklage — in Verbindung gebracht. Nun hat freilich das Stadtgericht durch das Erkenntniß vom 19. December 1853 die Entscheidung über die Widerklage bis dahin ausgesetzt, wo auch die Vorklage zum definitiven Spruch reif vorliegen würde; allein hiergegen hat die Widerklägerin bei dem Appellationsgerichte Beschwerde geführt und eine sofortige Urtheilsfällung in Betreff der Widerklage beantragt. Das Appellationsgericht hat diesem Antrage durch das Erkenntniß vom 3. März 1854 entsprochen und den Widerbeklagten zur Zahlung des Reconventionsbelaufes von fl. — — condemnirt. Dieses letztgedachte Erkenntniß ist somit wie nach der Actenlage, so auch nach der eigenen Auffassung der Widerklägerin, als eine wirkliche Definitivsentenz anzusehen und überdies von der Letzteren noch später in dieser Weise dadurch behandelt worden, daß sie auf Grund desselben Executionsmaßregeln gegen den Widerbeklagten zur Ausführung gebracht hat.

Wenn nun das Appellationsgericht damals der Widerklägerin die derselben ohne Zweifel gebührenden Proceßzinsen nicht zugesprochen hat, ohne daß dieses Punktes halber sofort ein Rechtsmittel von der Letzteren ergriffen worden wäre, so mußte dieser Gegenstand als völlig erledigt betrachtet werden und war keine Berechtigung der Widerklägerin anzunehmen, nachträgliche Zusprechung der fraglichen Zinsen zu verlangen.

Hätten diese letzteren auf einer selbständigen, zwischen den Partheien zum Bestande gelangten rechtlichen Grundlage beruht, so würden sie, insofern nicht etwa mit Sicherheit anzunehmen wäre, daß das Appellationsgericht bei Abgebung des vorgedachten Erkenntnisses dieselben implicite abgesprochen habe, nach-

träglich durch eine besondere Klage zu fordern gewesen sein oder der Richter wäre nach

L. 94 D. de jud. (5, 1)

L. 19 §. 1 D. de recept. (4, 8)

anzugehen gewesen, das abgegebene Erkenntniß in Beziehung auf den übergangenen Punkt zu vervollständigen.

Allein jene Voraussetzung findet nicht statt. Eine besondere, unter den Partheien zu Stande gekommene Grundlage des Anspruchs auf die fraglichen Zinsen liegt überhaupt nicht vor, und wenn auch diese letzteren mit der im Processe verfolgten Hauptverbindlichkeit nicht eigentlich auf einer und derselben causa beruhen, wie dies bei Zinsen im Verhältnisse zur sors nicht der Fall ist,

L. 121 D. de verb. sign. (50, 16)

so ist doch die ihnen zu Grunde liegende causa von der Art, daß sie nothwendiger Weise mit dem Ende des Processes ihre Wirksamkeit verlieren mußte. Diese causa besteht nämlich in dem Proceßverzuge. Non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur.

L. 17 §. 3 D. de usuris (22,1)

Da sie somit nur in der lis de sorte geltend gemacht werden können und mit zu dem officium des Richters innerhalb des Bereiches dieser lis gehören, so ist es ein Selbstverstand, daß, wenn der Richter, obschon ihm der Proceßverzug vorlag, dennoch nicht auf die fraglichen Zinsen erkannt haben sollte, dies nach erfolgter Definitivsentenz nicht nachgeholt werden kann. Denn das officium judicis hört mit der Abgebung des Endurtheils ohne Weiteres auf.

Mit der vorstehenden Auffassung stimmen die Aussprüche der Gesetze

L. 3 C. de fruct. (7, 51)

L. 4 C. depositi (4, 34)

L. 26 pr. C. de usuris (4, 32)

L. 129 §. 1 L. 178 D. de reg. jur. (50, 17)

so wie auch frühere diesen Gegenstand betreffende Aussprüche des Oberappellationsgerichts überein.

Reinach c. Deuerling 1847 (Bd. IV. Nr. 129)

Nun hat freilich das Appellationsgericht zur Begründung der von ihm erkannten, nachträglichen Verurtheilung des Widerbeklagten in die früher übergangenen Proceßzinsen verschiedene besondere Momente aus den Acten hervorgehoben, denselben konnte indessen dem Obigen gegenüber keine Bedeutung beigelegt werden. Denn

1. ob die Widerklägerin einen Antrag auf die Zuerkennung jener Zinsen gestellt hat oder nicht, ist gleichgültig. Ein selbstständiger Rechtsgrund für dieselben konnte durch jenen Antrag ebensowenig herbeigeführt, wie das mit der Definitivsentenz zu Ende gehende officium judicis perpetuirt werden. Nicht minder irrelevant ist

2. der Umstand, daß der Widerbeklagte dem auch auf Proceßzinsen ausgedehnten Reconventional-Antrage keinen Widerspruch entgegengesetzt hat. Dies ergiebt sich aus dem Vorstehenden von selbst. Endlich steht

3. auch der Umstand der obigen Argumentation nicht entgegen, daß vor dem Appellationsgericht bei der im März 1854 vor demselben stattgehabten Verhandlung nur über den Zeitpunct, wann die Reconventionalsumme zu zahlen sei, nicht aber auch über die Proceßzinsen gestritten worden ist. Denn die vorhin aufgestellten Gründe bleiben darum nicht minder durchgreifend. Und auch darauf, ob das Appellationsgericht beabsichtigt oder nicht beabsichtigt habe, die Zinsen abzusprechen, kommt es gar nicht an, da, um den Verlust jener Zinsen für die Widerklägerin zu verhindern, es nothwendig gewesen wäre, daß dieselben ihr wirklich zuerkannt worden seien.

XCIV.

S. B. Dann jun. dahier, Kläger
contra
A. J. Rino dahier, Beklagten.

Kläger klagte auf Grund einer Verkaufsnote folgenden Inhalts:

Frankfurt a. M. 4. Jan. 1854.

Nota für Herrn S. B. Dann jun. über beifolgende

Lire 1500 5% Lomb. 1/7930 à $84\frac{7}{8}$	fl. 909.	15 kr.
Zinsen vom 1. Dec. 33 Tage . . .	„ 2.	45 „
Empfangen	fl. 912.	

A. J. Rino.

Kläger behauptete, für die erkaufte Obligation nur 512 fl. schuldig geworden zu sein, und er forderte deßhalb den Mehrbetrag von fl. 400 als ein indebitum zurück. Beklagter behauptete, er habe gar keine fl. 912, sondern nur fl. 512 empfangen: der Irrthum liege nur in der Aufstellung der Rechnung. Dem Beklagten wurde rechtskräftig der Beweis nachgelassen, daß er von dem Kläger für die demselben verkaufte, in den Acten näher bezeichnete Obligation nur fl. 512 erhalten habe.

Diesen Beweis trat Beklagter an

1. durch sein Journal und Cassabuch;

2. durch Antrag auf Edition des Cassabuchs des Klägers, eventuell auf Edition eines anderen Geschäftsbuches, worin Kläger zur erwähnten Zeit seine Ausgaben eingetragen habe.

Das Stadtgericht erkannte am 3. December 1856, daß das beklagtische Journal und Cassabuch nicht als Beweismittel zuzulassen seien, und legte dem Kläger den Editionseid auf.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 9. Februar 1857 bestätigend, jedoch die Formel des Editionseids abändernd, während auf Oberappellation des Beklagten das Oberappellationsgericht am 28. September

1857 unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz dahin erkannte, daß der Beklagte mit seinem Journal und Cassabuch als Beweismittel zuzulassen und der von dem Kläger abzuleistende Editionseid dahin zu bestimmen sei:

daß er aus der Zeit des 4. Januar 1854 weder ein Cassabuch, noch (außer den ausschließlich sein Manufacturwaaren-Geschäft oder seine Haushaltung betreffenden Büchern) ein anderes, seine Ausgaben enthaltendes Buch besitze,

daß er solche Bücher nicht absichtlich, um deren Vorlage zu verhindern und dem Beklagten seine Rechtsvertheidigung zu erschweren, aus Handen habe kommen lassen, und

daß er nicht wisse, wo sich die gedachten Bücher dermalen befinden.

230. Journal und Cassabuch als Beweismittel. Beweisantretung ohne Beilegung von Buchauszügen.

Der Beklagte verlangt — —, daß sein Journal und sein Cassabuch als zulässige Beweismittel anerkannt werden und mit Recht. Denn

A. der Grund des Appellationsgerichts, dieselben seien ausgeschlossen, weil der Beklagte seiner Beweisantretung keine Auszüge aus seinen Büchern beigelegt habe, konnte in dem vorliegenden Falle als zutreffend nicht angesehen werden. Denn der betreffende, in der Praxis des gemeinen, wie des Frankfurter Rechts übereinstimmend anerkannte, unter Einfluß des sächsischen Proceßrechts aufgenommene Rechtssatz hat nicht die Bedeutung einer bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachtenden Formvorschrift, sondern soll nur dazu dienen, dem Richter wie dem Gegner des Beweisführers eine klare Anschauung des für den Beweis zu benutzenden Documents zu geben, und es bedarf einer Einhaltung jener Vorschrift nicht, sobald deren Zweck auf anderem Wege erreicht wird. Letzteres ist aber nicht bloß dann der Fall, wenn der Wortlaut der Urkunde vollständig in die Beweisantretungsschrift aufgenommen ist, sondern schon dann, wenn der erhebliche Inhalt der Urkunde aus solcher in allen Puncten ausreichend hervorgeht. — — — Ebensowenig konnte

B. dem Grunde des Stadtgerichts beigepflichtet werden, daß nach Ref. I. 31 §. 12 Cassabuch und Journal in einem Falle, wo es sich um die Tilgung einer Verbindlichkeit handle, untüchtige Beweismittel seien. Da es nämlich vom Standpuncte des gemeinen Rechts nicht zu bezweifeln ist, daß, die Fähigkeit und die gehörige Führung der Handelsbücher vorausgesetzt, dieselben für den Abschluß des Geschäfts, wie die Größe der Schuld auf der einen, so auch dieselben für die Tilgung der Verbindlichkeit auf der andern Seite beweistüchtig sind, so konnte in dem Umstande, daß die Reformation a. a. O. ihren Worten nach den letzten Fall nicht berührt, ein Grund, ihn auszuschließen, um so weniger gefunden werden, als ein anderer Grund nicht vorhanden ist, die gedachten Bücher, welche den Zweck haben, ein vollständiges Bild des gesammten Geschäftsverkehrs der betreffenden Person zu geben, nur nach einer Seite hin für beweistüchtig zu halten und überdies das Oberappellationsgericht sich gegen die wörtliche Erklärung der Reformation theils dadurch ausgesprochen hat, daß es die Bücher der Banquiers als beweiskräftig anerkannte, theils in einem Falle nachzuweisender Zahlung sich schon früher ohne Anstand für deren Beweistüchtigkeit ausgesprochen hat,

Fr. S. Kellermann c. Wolz 1845 (cf. Bd. IV. Nr. 268)

während sämmtliche literarische Auctoritäten der freien Stadt Frankfurt über die Beantwortung der vorliegenden Frage schweigen.

Zwar ließe sich ein Bedenken wider die Beweistüchtigkeit aus dem Umstande entnehmen, daß von Vielen dieselbe nur subsidiär anerkannt wird, nämlich dann, wenn es an einer förmlichen Beweisurkunde über Anfang oder Ende eines Geschäfts, an einem Vertragsdocument oder einer Quittung fehlt.

Fr. S. Löb Frank c. Goll u. Söhne 1842.

Allein in dem vorliegenden Falle und namentlich in der gegenwärtigen Lage des Rechtsstreites konnte jenes Bedenken zu einer Verwerfung der vorgeschlagenen Beweismittel um deßwillen nicht führen, weil die Quittung, wenn auch nicht als documentum indiscretum anzusehen, doch jedenfalls nicht frei von Widersprüchen ist, da weder die ausgeworfene Summe von fl. 909. 15 kr.

dem gleichfalls angegebenen Cours für 1500 Lire entspricht, noch die drei und dreißigtägigen Zinsen von fl. 909. 15 kr. den Betrag von fl. 2. 45 kr. ergeben. Auch ist eine Berücksichtigung der inneren Beweistüchtigkeit gedachter Quittung noch keineswegs rechtskräftig dadurch beseitigt, daß auf deren Grund eine Zahlung von fl. 909. 15 kr. angenommen und dem Beklagten der Beweis der Zahlung einer geringeren Summe als Einredebeweis nachgelassen worden ist. Denn auch bei dieser Form der Beweisnachlassung hat doch immer anerkannt werden sollen, daß der Beklagte die volle Freiheit genießen müsse, jedes Moment geltend zu machen, um die Richtigkeit der Quittung gänzlich oder theilweise zu widerlegen: die Anerkennung gedachter Quittung war daher nur eine bedingte, keine absolute.

(Vgl. Stadtgerichtsurtheil vom 21. Mai 1856 rat. 4 verb. — — bei welchem Beweise Beklagter, soweit er damit auszureichen gedenkt, sich der gedachten Urkunde mitbedienen kann).

XCV.

Victor Robert Johann Hertz dahier, Kläger

contra

Ludwig Erlanger dahier, Beklagten.

In der Klage wird behauptet, der verstorbene Moses Isaac Hertz habe in den Jahren 1826 bis Ende 1832 mehrfache Handelsgeschäfte mit Ludwig Erlanger in Staatspapieren gemacht; aus diesen Geschäften sei Letzterer die Summe von fl. — schuldig geworden. Es hätten nämlich am 31. März 1826 und am 1. September 1832 zwei Abrechnungen stattgefunden, aus welchen obiger Betrag resultire. Ludwig Erlanger habe in Folge dieser Abrechnungen versprochen, die schuldige Summe in näher bezeichneten Terminen zu entrichten. Der Sohn des Moses Isaac Hertz als Erbe zu $^{9}/_{22}$ des väterlichen Nachlasses verlangte die Verurtheilung des Ludwig Erlanger in $^{9}/_{22}$ der schuldigen Summe.

Der Beklagte schützte bei einer negativen Streiteinlassung vor:

1. die Einrede der Dunkelheit, indem Kläger die Angabe der einzelnen Rechtsgeschäfte unterlassen habe, auf welche das Constitutum sich bezöge;

2. die Einrede fehlender Sachlegitimation, indem der Moses Isaac Hertz'sche Nachlaß noch nicht vertheilt sei;

3. die Einrede freiwilligen Verzichts.

In Bezug auf letzteren Einwand replicirte Kläger, daß, wenn wirklich ein Verzicht stattgefunden hätte, derselbe sich als Schenkung darstellen und wegen fehlender Insinuation ungültig sein würde.

Das Stadtgericht wies am 3. December 1855 in Folge der Einrede der Dunkelheit den Kläger angebrachter Maßen ab; dies Erkenntniß wurde vom Spruchcollegium zu Tübingen am 16. Juni 1856 bestätigt, dagegen vom Oberappellationsgerichte am 10. October 1857 aufgehoben und unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz dahin erkannt, daß Kläger zu beweisen habe, „daß Beklagter am 31. März 1826, resp. 1. September 1832 dem verstorbenen M. J. Hertz versprochen habe, fl. —, die er ihm aus Börsengeschäften in den Jahren 1826 – 1832 schuldig geworden sei, in den pag. 3 — 5 der Klagschrift aufgeführten Terminen zu bezahlen; wogegen dem Beklagten der Beweis seiner Einrede, „daß M. J. Hertz nach den fraglichen Zahlungsversprechen auf die aus dem Geschäftsverkehr mit dem Beklagten ihm zustehenden Forderungen verzichtet habe", und dagegen wiederum dem Kläger der Beweis seiner Replik, „daß dieser Verzicht schenkungsweise erfolgt sei", beiden Theilen aber außerdem die eigentlichen Gegenbeweise vorzubehalten und nach erfolgter Beweisführung in der Sache selbst und der Kosten halber weiter zu erkennen sei, was Rechtens.

231. Klage aus einem constitutum. Begründung der Klage.
(cf. Bd. I. Nr. 6.)

Die zweite Beschwerde, daß Kläger mit der erhobenen Klage wegen Dunkelheit derselben unter Verurtheilung in die Proceßkosten angebrachter Maßen abgewiesen worden, war für begründet zu erachten. Das Oberappellationsgericht kann nämlich

die in den Entscheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntnisse ausgeführte Ansicht, daß zur Begründung der Klage aus einem Constitut eine genaue und specifische Darlegung derjenigen Rechtsgeschäfte, auf welche dasselbe sich bezieht, — ebenso, wie sie zu erfordern sein würde, wenn aus diesen Geschäften unmittelbar geklagt werden sollte — gehöre, nicht theilen, muß vielmehr im Anschlusse an wiederholte frühere Aussprüche

Heyse u. Cropp Jurist. Abhandl. I. p. 393 — 396
Fr. S. Rindskopf c. Wolff 1835
cf. Präjudicat Bd. I. Nr. 6. p. 10

davon ausgehend, daß in dem Constitut ein selbstständiger Klaggrund liegt, es für ausreichend erachten, wenn dargelegt wird, daß der Beklagte eine bestimmte Schuld anerkannt und zu zahlen versprochen habe, wozu allerdings gehört, daß der Gegenstand der Anerkennung und Zahlungszusage, wenn auch nur generell, dergestalt bezeichnet werde, daß der Beklagte das concrete Schuldverhältniß, um welches es sich bei dem Constitut gehandelt haben soll, hinlänglich zu erkennen vermag, um über die Existenz und Rechtsbeständigkeit eines darauf bezüglichen Zahlungsversprechens sich ein Urtheil bilden zu können. Von diesem Standpuncte aus aber kann die Begründung der vorliegenden Klage nicht beanstandet werden. Es ist behauptet, daß die fragliche Schuld in den Jahren 1826 — 1832 aus mehrfachen Handelsgeschäften in Staatspapieren, resp. einem lebhaften Börsenverkehr zwischen dem verstorbenen M. J. Hertz und dem Beklagten entstanden sei und, wenn Beklagter wirklich eine aus solchem Geschäftsverkehr herrührende Schuld im Betrage von fl. — anerkannt und zu zahlen versprochen hat, so darf bei ihm auch eine hinlängliche Kenntniß der einzelnen Geschäfte, aus welchen jene Schuld hervorgegangen, vorausgesetzt werden, welche ihn in den Stand setzt, die Richtigkeit jenes Anerkenntnisses und Zahlungsversprechens wiederholt prüfen und Einwendungen, die ihm gegen die Rechtsgültigkeit desselben etwa zustehen sollten, vorbringen zu können.

232. Ausklage einer Forderung von Seiten eines Miterben vor Theilung der Erbschaft.

Beklagter hat auf die in der Klage aufgestellte Behauptung, daß Kläger ein Sohn des M. J. Hertz sei und denselben zu $\frac{9}{22}$ beerbt habe, in der Exceptionalhandlung eine specielle Erklärung nicht abgegeben, sondern nur daraus, daß die Erbschaft des verstorbenen M. J. Hertz noch nicht vertheilt sei und Kläger folglich auf $\frac{9}{22}$ derselben nicht angewiesen sein könne, die Einrede fehlender Sachlegitimation und mehrerer Miterben entnommen. Es ist also jene Klagbehauptung für stillschweigend eingestanden zu erachten. Die dagegen vorgebrachte Einrede aber erscheint unbegründet, da zur Erbschaft gehörige Forderungsrechte ipso jure unter die Erben nach Verhältniß ihrer Erbportionen getheilt sind und Kläger rechtlich nicht verhindert ist, seinen Antheil an dem fraglichen Forderungsrechte ohne Zuziehung der übrigen Miterben klagend zu verfolgen.

233. Klage aus einem Zahlungsversprechen. Negative Streiteinlassung.

Die der Klage in der Hauptsache zu Grunde gelegten Thatsachen sind geläugnet. Es hat also Kläger dieselben zu erweisen. Von diesem Beweise kann er namentlich nicht deßhalb befreiet werden, weil in dem Läugnen des Beklagten, nur in den Jahren 1826 — 1832 Handels- und Börsengeschäfte mit M. J. Hertz gemacht zu haben, implicite das Geständniß liegt, daß dergleichen Geschäfte auch in jenen Jahren vorgekommen. Denn es ist nicht aus solchen Geschäften, sondern aus einem darauf bezüglichen Zahlungsversprechen geklagt und dieser Klaggrund ist bestimmt und speciell verneint.

XCVI.

A. May junior dahier, Kläger u. Widerbeklagter

contra

Adolf Mayer dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Kläger verlangte unter Impetrirung eines Arrestes die Preisdifferenz, die daraus herrühre, daß Beklagter Waizen per Sack zu fl. — gekauft, auch ein Angeld von fl. — bezahlt habe, jedoch die Waare nicht bezogen habe. Das Stadtgericht wies am 8. August 1856 den Kläger mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe — — — er würde denn — rechtsgenügend darthun, daß für den Fall des Nichtbezuges des Waizens innerhalb vierwöchentlicher Frist durch den Käufer dem Verkäufer zufolge ausdrücklicher Vereinbarung beider Theile alle Ansprüche aus dem Kaufvertrage vorbehalten worden seien.

Auf Appellation des Beklagten wurde dies Erkenntniß bestätigt vom

---

Appellationsgericht am 20. October 1856,

Oberappellationsgericht am 29. October 1857.

XCVII.

Dr. Trier dahier, Kläger

contra

A. S. Trier dahier, Beklagten.

Kläger behauptet, dem Beklagten am 30. November 1851 — — Piaster, 3 procentige spanische Staatspapiere dargeliehen zu haben. Beklagter wendet ein, er habe besagte Werthpapiere am 4. December 1853 erkauft und den Kaufpreis mit einem Wechsel berichtigt. Kläger replicirt, daß aus dem beifolgenden Contocorrent

ersichtlich sei, daß Beklagter ihm noch im Jahr 1854 die Zinsen aus den spanischen Papieren gut geschrieben habe, — daß also Beklagter noch Darlehnsschuldner des Klägers gewesen sei. Was den Wechsel betreffe, so sei die Uebertragung desselben nur ein Eincassirungsauftrag gewesen; diesem letzteren sei er, wiewohl größtentheils vergeblich, nachgekommen. Das Stadtgericht verwarf am 10. December 1856 die Einwendungen des Beklagten, während auf Appellation des letzteren das Appellationsgericht am 20. Februar 1857 dem Beklagten noch den Beweis nachließ:

a. daß er am 4. December 1853 — 3 procentige spanische Piaster zum Course von $40\frac{3}{4}$ % von dem Kläger erkauft habe;

b. daß er den Wechsel von fl. — auf den Kläger theils zur Berichtigung des Kaufpreises der — spanischen 3 procentigen Piaster, theils auf Abrechnung übertragen habe.

Auf Appellation des Beklagten und Adhäsion des Klägers wurde dies Urtheil vom Oberappellationsgerichte am 4. November 1857 unter Berufung auf das oben Nr. 157 mitgetheilte Präjudiz bestätigt.

XCVIII.

Georg Müller von Wertheim, Kläger und Widerbeklagter

contra

J. Spier dahier, Beklagten und Widerkläger.

In Bezug auf das oberappellationsgerichtliche Urtheil ist nur der Punct von Interesse, daß Widerkläger seine Klage darauf gegründet hat, er habe am 17. Juni 1856 — Malter Spelzkorn von dem Widerbeklagten gekauft nach der Wahl des Käufers bis zum 30. ejusdem zu liefern. Der Widerbeklagte behauptete dagegen, er habe die Frucht nur unter der Bedingung verkauft, daß der Käufer dieselbe sofort aus dem Schiffe nehme, und damit sei Kläger einverstanden gewesen. Das Stadtgericht

legte am 10. October 1856 dem Widerkläger den Beweis auf, entweder daß er mit dem Kläger übereingekommen sei, daß dieser ihm nach seiner Wahl die vorgedachte Frucht innerhalb der Zeit bis zum 30. Juni 1856 zu liefern habe, oder daß er am 18. Juni 1856 sich zur Empfangnahme der Frucht bei dem Kläger eingefunden habe, oder daß Kläger ihm nach dem 18. Juni 1856 die Lieferung der fraglichen Frucht zugesagt habe. Auf Appellation des Beklagten wurde dies Urtheil vom Appellationsgerichte am 10. December 1856 bestätigt, während das Oberappellationsgericht am 14. November 1857 unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz den obigen Beweis in Wegfall brachte, dagegen dem Widerbeklagten den Beweis seiner Einrede: „daß bei Abschließung des erwähnten Kaufs als Bedingung festgesetzt worden, daß Käufer noch an demselben oder spätestens am folgenden Tage die Frucht zu beziehen habe"; und hierwider dem Widerkläger außer dem directen Gegenbeweise, insbesondere dahin, „daß er mit dem Widerbeklagten übereingekommen sei, daß dieser ihm nach seiner Wahl die gedachte Frucht innerhalb der Zeit bis zum 30. Juni zu liefern habe", der Beweis seiner Repliken, Gegenbeweis vorbehältlich dahin nachzulassen sei, entweder, daß er am 18. Juni 1856 sich zur Empfangnahme der Frucht beim Widerbeklagten eingefunden, oder, daß dieser ihm nach dem 18. Juni 1856 die Lieferung der fraglichen Frucht zugesichert habe.

234. Kauf. Alsbaldiger Bezug der Waare.

Es fragt sich zunächst

a. ob die Behauptung des Widerklägers: „er sei mit dem Widerbeklagten übereingekommen, daß dieser ihm die am 17. Juni 1856 verkauften — Malter Spelzkorn, nach seiner (des Widerklägers) Wahl innerhalb der Zeit bis zum 30. ejusdem zu liefern habe", mit den vorigen Gerichten als zum Klaggrunde gehörig zu betrachten und in diesem Sinne vom Widerkläger deren Beweis zu fordern sei. Diese Frage ist aber zu verneinen. Für den mit der Widerklage verfolgten Anspruch auf Lieferung der — Malter Spelzkorn und Ersatz des durch die verzögerte Lieferung erwachsenen Schadens kommt es auf jene Nebenverabredung

nicht an. Widerkläger war auch ohne dieselbe befugt, sofortige Vertragserfüllung zu verlangen und durch notarielle Aufforderung hierzu den Gegner in Verzug zu setzen. Was aber schon ein naturale des Vertrags ist, braucht nicht noch als speciell vereinbart bewiesen zu werden. Es kommt vielmehr

b. nur darauf an, ob in der Behauptung des Widerbeklagten: „er habe ausdrücklich erklärt, daß er die — Malter nur unter der Bedingung verkaufe, daß der Käufer solche sofort aus dem Schiffe nehme, und damit sei der Letztere einverstanden gewesen mit den Worten: heute oder morgen" eine verneinende Einlassung (in Folge deren Widerkläger den pure abgeschlossenen Handel zu beweisen haben würde) oder eine Einrede zu finden ist, die vom Widerbeklagten dargethan werden muß. Das Oberappellationsgericht kann sich nur für das Letztere entscheiden. Der juristische Sinn jenes vom Widerbeklagten behaupteten Uebereinkommens ist kein anderer, als daß dem Handel eine Resolutivbedingung beigefügt ist, und daß derjenige, der die Auflösung eines Verhältnisses durch eine Resolutivbedingung behauptet, im Falle der Bestreitung die Beifügung der Bedingung beweisen muß, ist unbestritten.

cf. Puchta Vorles. zu § 97. 98. p. 207.

XCIX.

Joh. Heinr. Voltz dahier, Kläger

contra

Stanislaus Heinrich Beyerle dahier, Beklagten.

Das Stadtgericht und das Appellationsgericht hatten den klägerischen Beweis, daß die Kündigung des vermietheten Locals zu rechter Zeit vor dem 1. April 1854 geschehen sei, bis zum Erfüllungseide des Klägers als erbracht erkannt, während auf Appellation des Beklagten das Oberappellationsgericht am 21. Nov. 1857 dem Beklagten den Reinigungseid auferlegte.

235. Zeugenaussagen über Thatsachen, über die der Zeuge nicht vorgeschlagen wurde.
(cf. Bd. 1. Nr. 51. p. 110.)

Es war — — unbedenklich davon auszugehen, daß die Aussagen der klägerischen Zeugen volle Berücksichtigung verdienen, ungeachtet sie sich auf andere, als die in der Beweisantretung ihnen vorgelegten Thatsachen, nämlich auf Aeußerungen der beklagtischen Ehefrau, statt auf Aeußerungen des Beklagten selbst, beziehen. Im Allgemeinen genügt in dieser Hinsicht eine Verweisung auf die Entscheidungsgründe des vorigen Erkenntnisses und es ist nur noch hinzuzufügen, daß das Oberappellationsgericht sich gerade für Frankfurt schon in (der Bd. 1. Nr. 51 mitgetheilten) Sache hauptsächlich wegen der Allgemeinheit des in der Ref. I. tit. 32 § 4 vorgeschriebenen Zeugeneides, sowie wegen des im Gesetze vom 23. Mai 1848 eingeführten Verfahrens bei Zeugenvernehmungen, für die Berücksichtigung einer über das speciell vorgelegte Beweisthema hinausreichenden Zeugenaussage ausgesprochen hat. Allerdings kann, wie in diesem Präjudicat bemerkt wurde, ein Zeuge sich unter Umständen dadurch verdächtig machen, daß er etwas aussagt, wonach er nicht gefragt worden ist. Im vorliegenden Falle ist aber durchaus kein Grund zu einer solchen Annahme vorhanden. Denn es lag so nahe, daß die Zeugen, wenn sie eine Aeußerung über geschehene Kündigung zwar nicht vom Beklagten selbst, wohl aber von dessen, offene Wirthschaft mit ihm führenden Ehefrau vernommen hatten, diese aus freien Stücken zur Sprache brachten, und es schloß sich diese Aussage so natürlich an die ihnen vorgelegte, von zwei Zeugen auch erst ausdrücklich beantwortete Frage an, daß das Uebergehen darauf, auch ohne gerichtliche Aufforderung zu allgemeiner Eröffnung ihrer Wissenschaft, aus dem Bestreben nach Erstattung einer möglichst vollständigen Wahrheitsangabe hinlänglich erklärlich erscheint.

236. Freunde als Zeugen.

Bei den Zeugen L. und Sch. kann die Eigenschaft — — als classische Zeugen — — in Frage gestellt werden. Beide stehen ihrer eigenen Angabe nach mit dem Kläger in freundschaftlichem

Verhältniß. Indessen ist doch nur eine besonders enge und vertraute Freundschaft geeignet, die Unpartheilichkeit eines Zeugen in Zweifel zu setzen, und dieser Verdachtsgrund trifft nur den Zeugen L., welcher zugegeben hat, mit dem Kläger sehr befreundet zu sein.

237. **Beneficium novorum** in zweiter Instanz. Ablauf der Beweisfrist. (cf. Bd. III. Nr. 156. Bd. IV. Nr. 172.)

Der Beklagte hat versucht, durch ein nachträgliches Vorbringen in zweiter Instanz die Glaubwürdigkeit — — (zweier) Zeugen zu entkräften. Dieses Vorbringen läßt sich nun zwar, soweit es gleichzeitig nachgewiesen worden, formell nicht beanstanden. Denn wiewohl es an sich nur bis zum Deductionsverfahren gestattet sein kann, Einwendungen gegen die Glaubwürdigkeit von Zeugen vorzubringen und darzuthun,

cf. Präjudicat in Bd. III. Nr. 156, p. 311, Nr. 172 p. 339

so kommt doch hier dem Beklagten das **beneficium novorum** zu statten, welches in Frankfurt für die zweite Instanz nicht an die besonderen Bedingungen des § 130 der Oberappellations-gerichts-Ordnung gebunden ist, vielmehr auf Grund der Provocationsordnung von 1788 § 10 allgemein die Benutzung neuer Umstände für das Beweisverfahren möglich macht, wobei es nur dem richterlichen Ermessen anheimgestellt bleibt, den Verdacht geflissentlicher Verzögerung durch Auferlegung eines Calumnieneides beseitigen zu lassen.

Fr. S. Masson c. Cronberger 1836,
Gebrüder Blavet c. Mumm 1837,
Präjudicat Bd. IV. Nr. 258 p. 472.

Da nun der Beklagte und sein Anwalt in Bezug auf den ganzen Inhalt der Appellationsschrift zweiter Instanz den Calumnieneid abgeleistet haben, so steht der Berücksichtigung der **nova** nichts entgegen. Allein es fehlt am Beweise der für die Verwerflichkeit beider Zeugen geltend gemachten Umstände. Zeuge L. wird vom Beklagten beschuldigt, — — —. Die deßhalb adjungirten Acten ergeben aber — — — und nur soviel ist aus jenen Acten zu ersehen, daß L. schon zu der angegebenen Zeit in einem ver-

trauten Verhältniß zum Kläger gestanden haben muß, indem er — — —, was dazu dient, den aus der Freundschaft hergenommenen Verdachtsgrund zu bestärken. Nun hat freilich der Beklagte sich erboten, nöthigenfalls noch nachzuweisen, daß — — —. Auf dieses allgemeine Erbieten kann jedoch keine Rücksicht genommen werden, da das beneficium novorum nicht weiter führen kann, als den Appellanten in die Lage zurückzuversetzen, in welcher er sich in erster Instanz vor der Präclusion — also vor der mündlichen Schlußverhandlung vom 12. März 1855 — befand, hier aber der Beklagte mit der nachträglichen Einrede gegen den Zeugen nur unter gleichzeitiger specieller Beweisantretung darüber hätte gehört werden können.

cf. Präjudicat cit. Bd. III. Nr. 172 p. 339.

Gegen den Zeugen Sch. hat der Beklagte geltend gemacht, daß derselbe sich in einem für seine Gläubiger höchst nachtheiligen Fallitzustande befinde und zwar mindestens durch eigenes Verschulden. Den Fallitzustand des Zeugen hat der Kläger nicht in Abrede gestellt. Ueber die näheren Umstände des Fallissements und über das angebliche Verschulden des Zeugen hat aber der Beklagte keinen Beweis beigebracht und in der Thatsache des Fallitzustandes allein kann noch kein Verdachtsgrund gefunden werden. — Die beiden Zeugen L. und Sch. sind daher keineswegs unglaubwürdig und nur der Erstere von ihnen war für verdächtig zu halten.

238. Singularitas testium adminiculans.
(cf. Bd. II. Nr. 300.)

Es kann dahingestellt bleiben, ob durch eine **singularitas testium adminiculans** überhaupt ein voller Beweis hergestellt zu werden vermag. Denn jedenfalls würde dazu doch immer eine größere Zahl untadelhafter Zeugen erfordert werden müssen, um die Richtigkeit der Beobachtung des Einzelnen durch die gleiche Beobachtung der Anderen für so weit unterstützt erachten zu können, daß das Zusammentreffen zweier Zeugen in der Wahrnehmung der nämlichen Thatsache dadurch ersetzt werde.

cf. Wetzell System I. p. 136 nte. 75.

Diesem Erforderniß ist hier nicht entsprochen, da nur 4 Zeugen-

aussagen für eine gleichartige Wahrnehmung zu verschiedener Zeit vorliegen, von denen eine nicht einmal als vollkommen glaubwürdig sich herausgestellt hat.

239. Geständniß der Ehefrau als Beweis gegen den Ehemann.

Hauptsächlich entscheidend ist, daß die bekundeten Aeußerungen der beklagtischen Ehefrau den Umständen nach nicht geeignet sind, für das Beweisthema selbst, die Kündigung des Klägers im Januar 1854, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zu begründen.

Allerdings können die fraglichen Aeußerungen nicht etwa bloß als unbeschworene außergerichtliche Zeugenaussagen, welche für den Beweis ganz werthlos sein würden, aufgefaßt werden. Bei dem engen Verhältnisse zwischen dem Beklagten und seiner Ehefrau überhaupt, bei der völligen Gleichheit ihrer rechtlichen und factischen Interessen hinsichtlich des in Rede stehenden Miethverhältnisses insbesondere, sowie bei dem Umstande, daß es sich nach dem rechtskräftigen Beweissatze gerade um eine an die Ehefrau ergangene Kündigung handelt, sie also die beste Wissenschaft darüber haben mußte, läßt sich vielmehr nicht verkennen, daß ihre Erklärungen, insofern sie eine ihr und ihrem Manne zum Nachtheil gereichende Thatsache bestätigten, eine innere Wahrscheinlichkeit für ihre Richtigkeit darzubieten vermögen. Diesen Erklärungen die Eigenschaft und Wirkung eines wahren Geständnisses für die jetzige Proceßsache beizulegen, erscheint freilich bedenklich, da die beklagtische Ehefrau weder selbst Parthei ist, noch der Beklagte an alle ihre Handlungen ohne Weiteres für rechtlich gebunden erachtet werden kann. Vielmehr würden die fraglichen Aeußerungen nach allgemeinen Grundsätzen nur als thatsächliche Grundlage zu richterlicher Schlußfolgerung, als factische Vermuthung anzusehen sein. Indessen ändert es am Resultate nichts, wenn man in ihnen auch mit der sent. a qua ein außergerichtliches Geständniß finden will. Nach der einen, wie der anderen Auffassung hängt der Grad der Beweiskraft immer davon ab, inwieweit bei der beklagtischen Ehefrau der Wille, etwas Nachtheiliges einzuräumen, vorausgesetzt werden durfte. Nun läßt sich ein ernstlicher Wille der Art bei bloß gelegentlich gegen dritte unbetheiligte Personen gemachten

Aeußerungen schon im Allgemeinen durchaus nicht mit Sicherheit annehmen, es müßten vielmehr besondere Gründe dafür sprechen, daß es dem Urheber auf eine präcise Ausdrucksweise angekommen sei. Im vorliegenden Falle kommt aber im Gegentheile hinzu, daß die Personen, gegen welche sich beklagtische Ehefrau in der angegebenen Weise geäußert haben soll, gar kein Interesse haben konnten, über die Thatsache der Kündigung des Klägers den bestimmten und genauen Sachverhalt zu erfahren, sondern nur etwa das Interesse zu hören, daß der Beklagte sich in der Nothwendigkeit befinde, bis zum October 1854 ausziehen und eine andere Wohnung suchen zu müssen; beklagtische Ehefrau konnte daher sehr wohl, ohne es mit der Auskunft über eine bereits geschehene Kündigung genau zu nehmen, diese Nothwendigkeit zum Gegenstande des Gesprächs gegen Dritte machen und sich ganz in der bekundeten Weise ausdrücken, wenn sie nur in der entschiedenen Erwartung stand, daß ihnen im Laufe des Vierteljahrs werde gekündigt werden. Daß sie aber eine solche Erwartung hegen konnte, dafür liegt den Umständen nach eine hohe Wahrscheinlichkeit vor. Der Kläger hat selbst von Anfang an behauptet, daß er schon vor dem Januar 1854 das Local anderweitig an den Abendverein vom 1. October ab fest vermiethet gehabt habe, welche Thatsache auch der Beklagte nach den in zweiter Instanz dafür beigebrachten Documenten nicht weiter bestritten hat. Außerdem sind beide Partheien darüber einverstanden, daß beklagtische Ehefrau, als sie im Januar 1854 dem Kläger den Miethzins überbrachte, sich bei demselben erkundigte, ob es wahr sei, daß die Wohnung anderweitig vermiethet wäre. Es war ihr also schon damals das wohlbegründete Gerücht zugekommen, daß das Local vom 1. October an weiter vermiethet sei, und dieses konnte sie ungeachtet einer ausweichenden Antwort des Klägers sehr wohl veranlassen, sich die Nothwendigkeit des demnächstigen Ausziehens vorzuhalten. Damit verlieren aber ihre Aeußerungen sehr wesentlich an Beweiskraft, zumal wenn man erwägt, daß nach allen Zeugenaussagen die Nothwendigkeit des Ausziehens einen ausdrücklichen Gegenstand des Gesprächs bildete und nach dreien derselben (Zeuge Sch. macht allein eine Ausnahme hiervon) der

geschehenen Kündigung dabei nur ganz allgemein gedacht wurde, so daß die Aeußerung der beklagtischen Ehefrau ganz erklärlich ist, wenn sie jene Nothwendigkeit kurz motiviren wollte, ohne sich ganz Unbetheiligten gegenüber auf eine umständlichere Auseinandersetzung der eigentlichen Sachlage einzulassen. Bleibt es danach sehr zweifelhaft, ob die Erwähnung der Kündigung sich auf eine bestimmte Thatsache beziehen sollte, so verliert auch die öftere Wiederholung der Aeußerung, worauf das Ergebniß der Zeugen-Aussagen hindeutet, die ihr sonst zu Gunsten des **animus confitendi** zukommende Bedeutung.

240. Auferlegung eines richterlichen Eides. Rücksichtsnahme auf das objective Beweisergebniß.

Nach Allem liegt zu Gunsten des Klägers nicht mehr vor, als eine überwiegend wahrscheinlich gemachte außergerichtliche Aeußerung der Ehefrau des Beklagten, welche selbst, wenn sie zur Gewißheit gebracht wäre, nur einen höchst unvollständigen Beweis liefern würde. Damit sinkt aber das Beweisergebniß entschieden unter den Grad, welcher für die Zuerkennung eines Erfüllungseides erforderlich ist, und wenngleich von einem gänzlichen Mißlingen des Beweises und einem Zurückgehen auf den Schiedseid, wie es der Beklagte principaliter verlangt, nicht die Rede sein konnte, so war doch bei dieser Lage der Sache nur ein Reinigungseid für gerechtfertigt und insoweit die Beschwerde für begründet zu achten. Nun würde zwar der Kläger aus eigener Wissenschaft schwören können, während der Beklagte nur in der Lage ist, einen Glaubenseid abzuleisten. Allein bei Zuerkennung des richterlichen Eides kommt das objective Beweisergebniß in erster Linie in Betracht, so daß die bessere Wissenschaft einer Parthei nicht berücksichtigt werden kann, wenn jenes Ergebniß entschieden zu ihren Ungunsten ausgefallen war, sondern nur dann den Ausschlag gibt, wenn die Abwägung der gelieferten Wahrscheinlichkeit nach beiden Seiten hin eine zweifelhafte ist.

C.

Philipp Nicolaus Schmidt dahier, Kläger und Widerbeklagter

contra

Eichthal-Frommel u. Comp. in Liquidation in Augsburg, Beklagte und Widerkläger.

Das Handlungshaus Ph. N. Schmidt hatte mit Freiherrn David von Eichthal am 15. Februar 1840 einen Vertrag über ein von dem Letzteren aufzunehmendes Darlehn abgeschlossen. Die Partialobligationen au porteur sollten zum Theil an Eichthal-Frommel u. Comp. in Augsburg, zum Theil an Jacob Kusel in Karlsruhe abgegeben werden. Nach § 8 u. 9 des Vertrags wurde dem David von Eichthal ein Credit von fl. — — gegen Hinterlegung von fl. — in Partialobligationen eröffnet und David von Eichthal sowohl, als Eichthal-Frommel u. Comp. befugt, in dem entsprechenden Betrage auf Ph. N. Schmidt unter jeweiliger Ergänzung der von ihm umzusetzenden Depots Eichthalischer Obligationen zu trassiren.

Ph. N. Schmidt klagt nun gegen Eichthal-Frommel u. Comp. eine Contocorrentforderung im Betrage von fl. — aus, die daraus entstanden sei, daß er den Beklagten in Folge getroffener Vereinbarung gegen Versatz von Partialobligationen eines Anlehens des Freiherrn von Eichthal Vorschüsse gemacht habe. Die Beklagten schützen die Einrede des unrechten Beklagten vor, indem David von Eichthal zu Folge § 8 und 9 obigen Vertrags der Schuldner sei. Das Stadtgericht wies am 24. Februar 1854 den Kläger mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe, er könne denn beweisen, daß zwischen ihm und der beklagten Handlung eine besondere Uebereinkunft abgeschlossen worden sei, daß die Beträge der von dieser auf ihn gezogenen und von ihm eingelösten Wechsel als der Beklagten vorgeschossen zu betrachten

seien und Letztere den Kläger hierfür je durch die fraglichen Eichthal'schen Obligationen zu decken haben solle.

Diesen Beweis trat Kläger durch Urkunden, Erbieten zum Erfüllungseide und eventueller Eideszuschiebung an. Die Beklagten führten Gegenbeweis durch Urkunden, den sie zugleich als Beweis zur Gewissensvertretung betrachteten.

Das Stadtgericht erkannte am 28. Mai 1856 den Beweis für verfehlt. Auf Appellation des Klägers ließ das Appellationsgericht am 12. December 1856 den Schiedseid zu, während auf beiderseitige Oberappellation und Antrag von Actenversendung von Seiten des Klägers das Spruchcollegium zu Leipzig am 20. Juni 1857 das erstinstanzliche Urtheil unter Compensation der Kosten aller drei Instanzen wieder herstellte.

241. Eidesdelation über eine stillschweigende Verständigung.

Würde auch die Eideszuschiebung im vorliegenden Falle nach dem Stande der Sache zulässig sein, so könnte doch keinenfalls das Erkenntniß des Appellationsgerichts bestätigt werden, denn die Formulirung des Eides, welche dasselbe festsetzt, ist schon aus dem Grunde unzulässig, weil nach derselben die Beklagte nicht Thatsachen zu beschwören haben würde, sondern Folgerungen aus Thatsachen; namentlich ist es Sache eines Schlusses, der nur aus anderweiten Thatsachen gezogen werden könnte, ob eine „stillschweigende Verständigung" zwischen den Partheien über einen gewissen Umstand vorgelegen oder nicht vorgelegen habe.

Es ist aber überhaupt nach Lage der Sache eine Eideszuschiebung in Beziehung auf das Beweisthema unzulässig. Denn der Kläger weiß — — eine besondere Verabredung, die zwischen ihm und der Beklagten getroffen worden sei, gar nicht namhaft zu machen, und es ist eigentlich blos seine besondere Auffassung des Sinnes, in welchem das Geschäftsverhältniß, das in Folge des Vertrags von 1840 zwischen ihm und den Beklagten sich anknüpfte, factisch sich gestaltet habe, was er eine besondere Verabredung nennt, und faßt man dabei seine neuesten Erklärungen in das Auge, so ergibt sich, daß seine Behauptung über das Vorhandensein

einer besonderen Uebereinkunft lediglich auf einer Interpretation des § 8 des Vertrags von 1840 hinauskommt.

CI.

Die Vormünder der Emma Margaretha Ehinger dahier, Kläger

contra

die Vormünder des Ludwig August Ehinger dahier, Beklagte.

Die Großeltern der beiden Partheien errichteten ein gemeinschaftliches Testament und bestimmten:

§ 1 u. 2. Da das Hauptstück eines Testaments in der Erbeinsetzung besteht, so setze ich — zu meinen Erben auf diese Theile ein

1. meinen lieben Sohn Ludwig Ernst Ehinger,
2. meine liebe Enkelin Emma Margaretha Ehinger.

§ 5. Da sich nach der gewissenhaften Vermögensberechnung in oben erwähnter Testamentsbeilage (dem § 4 erwähnten status bonorum) die Hälfte unseres Vermögens nach Abzug der — Legate auf fl. — — stellt, so soll — unser Sohn — unser gesammtes Vermögen — Activa und Passiva — sammt Legaten übernehmen und gegen diese Uebernahme und Ueberlassung unserer Enkelin — als deren Erbtheil die (gleiche) Summe von fl. — — entrichten.

§ 6. Soferne sich in Zukunft irgend eine erhebliche Vermögensveränderung ereignen würde, soll die auf fl. — — bestimmte Summe, wofür unser Sohn — unser Vermögen zu seinem Eigenthum — übernehmen soll, die entsprechende Vermehrung oder Verminderung erleiden.

Nachdem der Großvater gestorben war, bestimmte die Großmutter in einem neuen Testamente vom Jahre 1849:

§ 2. Zu Erben meines gesammten Vermögens setze ich ein

1. meine Enkelin Emma Margaretha Ehinger,
2. meinen Enkel Ludwig August Ehinger.

§ 3. Mein Ehemann hegte nach meines Sohnes Ludwig Ernst Ableben die Absicht, unserer Enkelin Emma Margaretha ein Prälegat von fl. — zu machen wegen eines von Haußmann zu Versailles eingegangenen Betrags. Da er aber starb, ohne nähere Bestimmung hierüber getroffen zu haben, so ist es mein Wille, daß aus dem gemeinschaftlichen Nachlasse die Summe von fl. — an Emma Margaretha Ehinger oder deren Descendenz als Prälegat vorausbezahlt werde.

In einem Codicill vom 8. April 1851 verordnete endlich die Großmutter eine Reduction der Legate von fl. — auf fl. — „in Erwägung, daß sich mein Vermögen durch das Fallen der Course der Staatspapiere vermindert hat und daß überhaupt durch die obengedachte Verfügung die Pflichttheile meiner Enkelin Emma und meines Enkels August eine Schmälerung erleiden würden".

Hauptsächlich ist im Streite und wird von den Klägern behauptet:

1. daß Emma Margaretha Ehinger als heres in re certa instituta als Vermächtnißnehmerin zu behandeln sei und daß deßhalb

2. das Prälegat von fl. — ungeschmälert von dem Beklagten zu entrichten und nicht auf die Hälfte herabzusetzen sei;

3. daß Beklagter die im Codicille herabgesetzten Legate allein zu entrichten habe.

Die Beklagten behaupten, es läge ad 1 eine nach L. 20 § 3 D. fam. hercisc. und Ref. VI. tit. 4 § 1 zulässige anticipirte Erbtheilung vor; ad 2. das Prälegat sei nach den Bestimmungen des Testaments aus dem Gesammtnachlaß genommen und deßhalb auch zur Hälfte von dem klägerischen Curanden zu tragen; ad 3. die herabgesetzten Legate ad 3 berührten nur das großmütterliche Vermögen, auf welches die Bestimmungen des gemeinschaftlichen Vermögens nicht anzuwenden seien.

In dem beklagtischen Sinne entschied am 11. April 1855 das Stadtgericht, und auf Appellation der Kläger und deren in zweiter Instanz gestellten Antrag auf Actenversendung das Spruchcollegium zu Tübingen am 1. December 1856 und auf von

Seiten der Beklagten in dritter Instanz beantragte Actenversendung das Spruchcollegium zu Berlin am 3. September 1857.

CII.

Ch. Christofle u. Comp. in Paris, Liquidanten und Widerbeklagte

contra

die L. F. Bayha'sche Debitmasse, Liquidatin und Widerklägerin.

Ch. Christofle u. Comp. meldete bei der L. F. Bayha'schen Debitmasse eine Forderung an, gegen welche der Curator und Contradictor des genannten Debitwesens unter anderem widerklagend Gegenforderungen geltend machte, die daraus entstanden seien, daß A. Leon Levèque, der Reisende der Liquidanten, sich mit Wissen derselben als deren Repräsentant in Handelsgeschäften gerirt habe. Der Gemeinschuldner habe namentlich Wechsel, die, mit dem Stempel der Liquidanten versehen, von Levèque auf ihn gezogen worden seien, einlösen müssen; der Gemeinschuldner habe ferner von Levèque drei Tratten auf Lemartier in Paris gekauft, die später nicht eingelöst worden seien; — endlich habe Levèque einen ganzen Sommer bei dem Gemeinschuldner gewohnt und dessen großen Saal zur Ausstellung der liquidantischen Fabricate benutzt.

Das Stadtgericht erkannte am 15. Februar 1856:

Liquidat und Widerkläger hat — — rechtsgenügend darzuthun:

A. daß der Reisende A. Leon Levèque von der Liquidantin und Widerbeklagten ermächtigt gewesen sei, die Wechsel [5. 6. 7] act. im Gesammtbetrag von fl. — auf den Gemeinschuldner zu ziehen und daß dieser solche eingelöst habe;

B. daß Levèque von der Liquidantin ermächtigt gewesen sei, drei Tratten auf Lemartier in Paris im Betrage von fl. — — zahlbar an den Gemeinschuldner zu verkaufen und die Zahlung

dafür zu empfangen, sowie daß Levèque diese Zahlung von dem Gemeinschuldner erhalten und daß dieser den Betrag der fraglichen Tratten — — späterhin habe vergüten müssen;

C. daß Levèque von der Liquidantin ermächtigt gewesen sei, für ihre Rechnung bei dem Gemeinschuldner zu logiren und zu zehren und daß die deßfallsigen Kosten fl. — betragen haben.

Auf Appellation des Liquidaten erkannte das Appellationsgericht am 25. April 1856, daß, falls Liquidat nachweise, daß A. Leon Levèque sich mit Wissen der Liquidantin und Widerbeklagten als deren Repräsentant in Handelsgeschäften gerirt habe, die Beweise A — C des stadtgerichtlichen Bescheids, insoweit sie sich auf die Bevollmächtigung des Levèque bezögen, überflüssig würden.

Auf Oberappellation des Liquidanten stellte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 30. November 1857 das stadtgerichtliche Urtheil wieder her.

242. Haftung des Principals für Handlungen seines Reisenden.

In dem Principe, welches die Grundlage der sent. a qua bildet, ist zwar dem Appellationsgerichte beizutreten und mit demselben anzuerkennen, daß Kläger, wenn sie ihren Abnehmern gegenüber, zu denen der Cridar Bayha gehörte, es wissentlich geschehen ließen, daß Levèque sich die Eigenschaft eines Procuristen im wahren Sinne und vollen Umfange des Wortes beilegte und des auf den Tratten befindlichen Stempels sich bediente, damit stillschweigend die Stellung zu der klägerischen Fabrik und Handlung, welche Levèque annehmen zu dürfen glaubte, und bei seiner Geschäftsführung für jene geltend machte, genehmigt hätten, und daß sie aus solcher stillschweigenden Genehmigung ebenso wie in Folge ausdrücklicher Ermächtigung desselben für Handlungen ihres Reisenden haftbar geworden sein könnten. Alles, was klägerischer Seits gegen dies Princip appellando vorgebracht ist, verdient um so weniger Beachtung, als das Appellationsgericht nicht dem gesammten Publikum gegenüber, sondern eben nur in Bezug auf diejenigen Personen, welche mit den Klägern bereits in Geschäftsbeziehungen standen, das von

Letzteren trotz jener Wissenschaft etwa beobachtete Stillschweigen für unvereinbar mit der im Handelsverkehre allseitig vorauszusetzenden bona fides erklärt hat, auch keineswegs die in Nichtbenachrichtigung ihrer Geschäftsfreunde liegende culpa in non faciendo, sondern eben nur den durch stillschweigende Genehmigung des Verhaltens ihres Reisenden ausreichend bekundeten Willen, die von letzterem geschlossenen Geschäfte für, wie gegen sich als verbindlich anzuerkennen, als die causa obligationis behandelt wissen will.

Indessen kann doch weder eine derartige stillschweigende Ermächtigung als bedingungslos, noch die daraus herfließende Verhaftung als eine völlig unbeschränkte gelten. Vielmehr wird einerseits letztere immer nur innerhalb desjenigen Kreises von Geschäften eintreten können, welche der Natur der Sache und dem Handelsgebrauche nach mit derjenigen stellvertretenden Thätigkeit, die sich vorliegend Levèque im Verhältniß zu den Klägern mit deren Wissen beigelegt haben soll, verbunden zu sein pflegen. Andererseits wird ein deßfallsiger Anspruch an den Principal da zu cessiren haben, wo nach den obwaltenden besonderen Umständen der Dritte, welcher mit solchem Vertreter auf bestimmte Geschäfte sich in der Absicht und Meinung eingelassen hat, daß solche für Rechnung des Principals und in einer für diesen verbindlichen Weise geschlossen wurden, bei gehöriger Sorgfalt über den Ungrund der angenommenen Vertretungsbefugniß und daß die fraglichen Geschäfte jedes Bezugs auf die Angelegenheiten des Principals entbehrten, entweder gar nicht hätte in Zweifel sein können oder doch dieserhalb zu gegründetem Verdachte und demzufolge zu genauerer Erkundigung über die Versicherungen und das Verhalten des Vertreters erheblichen und nahe liegenden Anlaß gehabt hätte.

Abgesehen nun davon, daß überhaupt

1. die Qualität eines „Repräsentanten in Handelsgeschäften", auf deren mit Wissen der Kläger geschehene Aneignung Seitens des Levèque der dem Beklagten nachgelassene Beweis gestellt ist, dem gemeinen Sprachgebrauche nach ebenso vieldeutiger, als unbestimmter Natur ist und den Umfang, in welchem, so wenig mit

Sicherheit erkennen läßt, als die Rechtsfolgen, mit welchen der Träger solcher Eigenschaft an Stelle des Principals und in einer für Letzteren verbindlichen Weise Geschäfte zu endgültigem Abschlusse zu bringen für befugt zu gelten habe, und daß auch nach französischem Rechte, welches für die Bedeutung des von Levèque in Bezug auf das klägerische Fabrikgeschäft und als Reisender desselben geführten Titels eines représentant en Allemagne als maßgebend zu erachten sein dürfte, durch diesen Ausdruck kein individuelles und specifisches Vertretungsverhältniß mit scharf begrenzten Rechten bezeichnet, sondern nur dies bekundet zu werden scheint,

vergl. Code civil annoté par Pirey et Gilbert tom. I. p. 895 nte. 17

es solle der Reisende in seiner Thätigkeit nicht auf bloße Vermittlung von Bestellungen beschränkt, sondern zu definitiven Geschäftsabschlüssen ohne deßfallsige Benachrichtigung und Zustimmung des Principals befugt sein, daß sonach die Stellung und Berechtigung eines Repräsentanten weder mit Nothwendigkeit, noch mit Sicherheit derjenigen gleichgestellt werden kann, welche einem wahren Procuristen und eigentlichen Disponenten zukommt, der unter der Firma des Principals dessen ganze Geschäftsführung leitet und zu dessen allseitiger Vertretung, wie Verpflichtung bestellt ist, und daß folgeweise auch der Beweis, es habe sich Levèque als ein solcher Repräsentant gerirt und dessen Principalschaft hiervon Kenntniß gehabt, für sich allein noch nicht die Verbindlichkeit der Letzteren zur Anerkennung und Erfüllung aller von Levèque für deren Rechnung und in ihrem Geschäfte übernommenen Verbindlichkeiten außer Zweifel zu setzen vermag, so ist auch anbelangend

2. die Wechsel, welche Levèque im Gesammtbetrage von fl. — — unterm 20. Februar und 5. Mai 1854 von Paris aus, unterm 4. Juli 1854 in Frankfurt zum 1. Juni, 5. August und 15. September auf den Cridar Bayha gezogen und dieser eingelöst hat, zwar im Allgemeinen anzuerkennen, daß ein Reisender, wenn zu definitivem Abschlusse von Verkaufsgeschäften bestimmt, auch zu Einziehung des Kaufpreises, sei es durch Empfang von Baarzahlung oder durch Trassirung auf den Käufer ohne aus-

drückliche deßfallsige Ermächtigung befugt sei und Seitens des letzteren ohne weitere Rückfrage bei dem Principale als hierzu ermächtigt angesehen werden dürfe. Vorliegend aber findet die Behauptung des Beklagten, daß Levèque die fraglichen Wechsel in Folge der vom Cridar bei demselben gemachten Waarenbestellung und zu dem Behufe gezogen habe, damit ihm solche theils auf bereits erfolgte, theils auf weiter zu effectuirende Sendungen des klägerischen Hauses in Rechnung gebracht würden, in der Fassung der Wechsel selbst keine Unterstützung, insofern solche, daß die Valuta in Waaren geleistet sei, mit keinem Worte gedenken, auch von dem Levèque in eigenem Namen, ohne Beifügung seiner Procura-Eigenschaft und an dessen alleinige Ordre ausgestellt sind, sonach keine andere, als die in dem aufgedrückten Stempel mitenthaltene Bezugnahme auf das klägerische Fabrikgeschäft aufweisen. Es steht sogar jene Behauptung damit nicht in Einklang, daß Inhalts der dem Klaglibelle beigefügten Nota die erste Waarensendung im Betrage von Frs. — unterm 5. April, die zweite zum Belaufe von Fr. — am 22. August erfolgte, hiernach aber einerseits die erste Wechselziehung vom 20. Februar jedem Waaren-Empfange vorangegangen ist, wenn auch möglicher Weise die Bestellung schon bei dem ersten, Inhalts der Gasthofrechnung, in die Zeit vom 6. — 15. Februar 1854 fallenden Frankfurter Aufenthalte Levèque's geschehen sein könnte, andererseits für die dritte Wechselziehung vom 4. Juli wenigstens dahingestellt bleiben muß, ob damals der Cridar die Absicht fernerweiter Waarenbestellung, welche allenfalls bei einem kaufmännischen Geschäftsfreunde, nicht aber bei einem Gastwirthe vorausgesetzt werden dürfte, bereits kundgegeben habe. Zu einer dem Beklagten ungünstigen und dabei definitiven Entscheidung muß indessen, wie es sich auch in dem vorstehenden Betrachte verhalten möge,

a. bei den zwei ersten Wechseln vom 20. Februar und 5. März schon der Umstand führen, daß selbige von Paris aus, dem Sitze des klägerischen Fabrik- und Handelsgeschäfts, auf Bayha gezogen wurden. Denn in wie ausgedehntem Umfange und mit wie unbedingter Haftpflicht des Geschäftsherrn auch die zu dessen Vertretung einem Reisenden für den auswärtigen Geschäftsbetrieb

bei oder in dem deßfallsigen Engagement gegebene Ermächtigung ertheilt sein oder aufgefaßt werden möge, immer kann doch, weil mit der Rückkehr an den Wohnsitz der Principalschaft für die Dauer seines dortigen Aufenthaltes der für Geschäftsreisen engagirte Commis oder Agent die Qualität eines Reisenden verliert, jene Vertretungs-Befugniß niemals dahin ausgedehnt werden, daß jener auch von dort aus ganz selbstständig und neben dem Principale mit auswärtigen Geschäftsfreunden alle und jede Handelsgeschäfte, zu denen er am Wohnsitze der Letzteren und im Auslande für ermächtigt zu gelten hätte, ohne Weiteres eingehen und mit verbindender Kraft für den Principal abschließen und sich solchergestalt einem Disponenten der Firma gleichstellen dürfte.

Wollte man aber auch dies als zweifelhaft erachten und nicht sowohl hierfür eine Unterstützung, als vielmehr nur eine Singularität des Seerechts in dem allgemein anerkannten Grundsatze finden, daß der Schiffer trotz seiner so ausgedehnten Vertretungsbefugniß am Sitze der Rhederei für sich allein zu keinen den Rheder mit verpflichtenden Dispositionen und Vertragsabschlüssen befugt ist, so mußte doch jedenfalls dem Cridar Bayha der Umstand auffallen, daß von Paris aus über die von ihm gemachten Bestellungen nicht Seitens der Kläger selbst, noch unter deren Namen und für ihre Rechnung auf ihn trassirt werde, und der nur zu nahe liegende Zweifel, ob solches in Ordnung und den Intentionen des klägerischen Hauses gemäß sei, hätte ihn zur deßfallsigen Nachfrage bestimmen müssen. Von deren Unterlassung hat er die nachtheiligen Folgen als selbstverschuldet dahin zu tragen, daß, wenn jene Wechselziehung nicht auf Grund ausdrücklicher, genereller oder specieller Ermächtigung erfolgt oder wenigstens der deßfalls dem Beklagten im Stadtgerichts-Erkenntnisse nachgelassene Beweis nicht zu erbringen sein sollte, Kläger solche als für ihre Forderung validirend nicht anzuerkennen brauchen, mag immerhin ihnen nicht unbekannt geblieben sein, daß im Auslande und bezüglich der dort zum Abschluß und Vollzug gebrachten Geschäfte Levèque sich als ihr Repräsentant gerirt habe. Soviel aber

b. den dritten von Levèque auf Bayha zu Frankfurt selbst, sonach innerhalb des dem Ersteren für seine Vertretung den Klägern

zugewiesenen localen Geschäftskreises gezogenen Wechsel vom 4. Juli betrifft, so läßt sich nicht bezweifeln, daß zu dieser Zeit Bayha die von dem klägerischen Hause direct auf ihn gezogenen 4 Tratten vom 13. Juni, wenn auch vielleicht noch nicht acceptirt, doch bereits avisirt erhalten gehabt habe. Wenn nun gleich auf diese doppelte Trassirung der Waarenschuld hin die bereits am 1. Juni erfolgte Einlösung der ersten Levèque'schen Tratte nicht rückgängig gemacht werden konnte, auch vielleicht sich entschuldigen ließe, daß Bayha die zweite, auf den 5. August lautende Tratte des Levèque trotz der inzwischen mit dem 1. dieses Monats eingetretenen Fälligkeit und Einlösung der einen jener vier klägerischen Tratten nur deßhalb honorirte, weil zu Erkundigung über den eigentlichen Sachverhalt die Zeit vom 1. bis 5. August zu kurz erschien, so hätte doch Bayha bis dahin die Einlösung der obigen dritten Tratte um so gewisser anstehen lassen und am 15. September solche verweigern sollen, als durch die beiden früheren im Betrage von Frs. — — und durch die erste auf den 1. August gestellte klägerische Tratte über Frs. — seine ganze Waarenschuld bis auf einen kleinen Rest von Frs. 73. 25 Cs. bereits getilgt und durch die am 1. September erfolgte Einlösung der zweiten klägerischen Tratte von Frs. — Bayha bei Fälligkeit der hier in Frage stehenden Levèque'schen Tratte von Frs. — sogar mit nahe an Frs. 500 in Vorschuß gekommen war. Der Vorwurf selbstverschuldeter Nachlässigkeit trifft ihn daher auch hier, wenn schon in anderer Weise und Richtung und steht nicht abzusehen, wie trotzdem der bloße Nachweis, daß Kläger gewußt hätten, es gerire sich Levèque als ihr Repräsentant in Handlungsgeschäften, dieselben zu Anerkennung der hier in Frage stehenden Wechsel-Negociation ihres Reisenden solle verpflichten oder dem Beklagten trotz der unverkennbaren mala fides des Cridars das Recht geben können, auf die völlig liquide Waarenschuld den Betrag obiger Frankfurter Tratte in Absatz zu bringen. — Noch weniger konnte es

3. in Betreff der von Levèque an Bayha verkauften, von diesem weiter indossirten, aber auf ihn zurückgekommenen und demnächst eingelösten Lemartier'schen Accepte, deren Betrag

mit den Protestkosten von fl. — Beklagter den Klägern gleichfalls hat in Gegenrechnung bringen wollen, zweifelhaft erscheinen, daß hierzu Kläger nur verpflichtet wären, wenn sie ausdrücklich ihren Reisenden zu solchem Geschäfte ermächtigt hätten. — Denn daß Levèque diese lediglich auf seinen Namen und Ordre lautenden Papiere in seiner Qualität als Reisender der Kläger und mit Bezug auf eine zwischen letzteren und dem Aussteller Lemartier bestandene Geschäftsverbindung erhalten und besessen habe, ist von dem Beklagten, welcher überhaupt es an jeder Angabe über die Personal- und sonstigen Verhältnisse jenes Lemartier gänzlich hat fehlen lassen, nicht einmal behauptet; und die Anschuldigung, es habe diese ganze zwischen dem Cridar und Levèque stattgehabte Wechsel-Negociation jeder reellen Basis entbehrt und stelle sich als bloße Wechselreiterei dar, hat so wenig eine klare und bestimmte Verneinung gefunden, daß sogar die Frage kommen durfte, ob dies nicht auf Grund von art. 34 der prov. Proceßordnung für zugestanden zu erachten sei. Jedenfalls aber hätte es dem Cridar Bayha, zumal er nicht kaufmännische Geschäfte trieb und zu der Zeit für seine Waarenschuld bereits vollständige Deckung durch die auf ihn gezogenen Tratten gegeben hatte, befremdlich erscheinen und Anlaß zu einer Nachfrage werden müssen, daß Levèque die Lemartier'schen Accepte, wenn doch auf das Geschäft der Kläger bezüglich, durch Indossament zu verwerthen suchte, statt Seitens der am Wohnsitze des Lemartier befindlichen Kläger selbst die Einziehung eintreten zu lassen, und trifft sonach hier vollends den Cridar der Vorwurf, sich auf ein Geschäft mit Levèque eingelassen zu haben, zu welchem er dessen Befugniß selbst dann ohne grobes Verschulden nicht hätte voraussetzen dürfen, wenn er davon ausging, daß Levèque sich mit Wissen und Willen der Kläger nicht als ein gewöhnlicher Reisender gerire. — Was aber endlich

4. die Levèque'sche Wirthshausrechnung anbelangt und daß auch für diese die Kläger verhaftet sein sollen, wenn sie gewußt hätten, daß ihr Reisender sich für ihren „Repräsentanten in Handlungsgeschäften" ausgegeben habe, so läßt sich freilich nicht bezweifeln und ist auch bereits vom Oberappellationsgerichte

ausgesprochen worden, daß ein Reisender, wenn nicht bloß auf Provision von den durch ihre effectuirten Bestellungen angenommen, den Reise-Aufwand, soweit nicht unangemessen, von dem Principale ersetzt verlangen könne. Allein nicht bloß würde durch obigen Beweis noch keineswegs ausgeschlossen sein, daß Levèque auf Provision die Reisen für Kläger gemacht habe, welchenfalls der Reisende in dieser Provision den Ersatz der Reisespesen erhält und so dieselben allein tragen muß, sondern es ist auch da, wo dieser Reise-Aufwand schließlich von dem Principale zu tragen ist, doch immer davon auszugehen, daß die von dem Reisenden mit Wirthen, Fuhrleuten u. s. w. eingegangenen Verträge an sich nur solche, welche der Reisende für seine Rechnung schließt, und die daraus entstandenen Verbindlichkeiten rein persönliche Schulden desselben seien, für welche, soweit sie nicht alsbald getilgt werden, dem Reisenden bloß für seine Person ein Credit gegeben ist, die Principalschaft aber nur insoweit verhaftet sein kann, als sie dem Reisenden ihrerseits Credit deßfalls ausdrücklich eröffnet hätte. Auf diesen Fall läuft der im Stadtgerichts-Erkenntnisse in Bezug auf die Wirthshausrechnung dem Beklagten freigelassene Beweis hinaus. Abgesehen aber hiervon würde der Dritte, welcher sich mit dem Reisenden auf Gewährung von Logis, Kost und in Betreff anderer Reisebedürfnisse ohne Baarzahlung eingelassen hat, von der Principalschaft seine Befriedigung nur auf Grund einer Cession der dem Reisenden gegen jene zuständigen Ersatzansprüche oder, dafern die deßfallsigen rechtlichen Voraussetzungen vorliegen, mittelst Arrest und Executionsmaßregeln auf die Gehaltsforderungen des Reisenden verlangen können. Denn von welcher Art und Ausdehnung auch dessen Befugniß zur Vertretung des Principals in Handlungsgeschäften sein möge, immer würden doch derartige Ausgaben und Schulden, bloß weil in Anlaß von Handlungsgeschäften gemacht, noch nicht als auf Rechnung des Principals lautend oder selbst als Handlungsgeschäfte gelten können, und ein solcher Anspruch auf Cession, welcher berechtige, alsbald utiliter den Principal zu belangen, kann dem Gastwirthe u. s. w. nicht zugestanden werden. Nun aber ist es vorliegend nicht bloß weder behauptet, daß Levèque noch auf Grund seiner

Geschäftsführung Ansprüche an die Kläger habe, noch auch, daß er solche dem Bayha cedirt hätte; und indem überdies der Gesichtspunct, daß hierbei eine in rem versio abseiten jenes Dritten obwalte, bereits rechtskräftige Verwerfung, wenn auch zunächst aus dem formellen Grunde der Verspätung gefunden hat, so ist überall nicht abzusehen, wie der Cridar den Klägern die Berichtigung jener Wirthshausrechnung sollte ansinnen können, wenn mit ihrem Wissen Levèque sich eine ihm nicht zukommende Qualität anmaßte.

CIII.

Sebastian Tscheiller aus Thann, Kläger u. Widerbeklagter

contra

August Cantador, Beklagten u. Widerkläger.

Im vorliegenden Fall handelt es sich namentlich um zwei Vereinbarungen der Partheien, nach welchen der Beklagte theils einen ihm zukommenden Provisionsantheil an Kläger abzugeben hatte, theils selbst Provision zu beziehen hatte. Der Umfang dieser Vereinbarung ist streitig und wird nach den factischen Behauptungen der Partheien vom Stadtgerichte am 17. Februar 1856, vom Appellationsgerichte am 25. April 1856, vom Oberappellationsgerichte am 30. November 1857 mit geringen Modificationen zum Beweise verstellt.

243. Uebergehen der Provisionsforderung in der Schlußabrechnung.

Es liegt die ausdrückliche Erklärung des Beklagten vor, daß er von diesen drei Posten keine Provision in Anspruch nehmen könne oder doch wolle. — — Denn in dem Eingange des Briefes vom 10. März 1855 sagt der Beklagte ja gerade, daß, da die bisherige Correspondenz zu keinem Resultate geführt, er sich, um das gegenseitige Conto mit dem Kläger endlich feststellen zu

können, lediglich an die im December 1853 stattgehabte Uebereinkunft halten werde. Und nun berechnet er sich 4 % Provision von allen durch ihn vermittelten, auch den nicht effectuirten Bestellungen, nimmt aber von letzteren die fraglichen drei zum Betrage von Frs. — ausdrücklich aus und zieht als Schluß der Rechnung einen Saldo zu Gunsten des Klägers, während, wenn er sich von jenen drei Posten ebenfalls eine Provision berechnet hätte, ein Saldo zu seinen eignen Gunsten sich ergeben haben würde. Liegt aber eine schließliche Abrechnung über die gegenseitigen Conten der Partheien vor, so liegt darin, daß der Beklagte von jenen drei Posten sich keine Provision berechnete, die unzweideutige Willenserklärung, daß er diese Provision nicht in Anspruch nehmen könne oder wolle.

244. Rechtskraft. Einfluß auf die Beweislast.

Liegt kein Anerkenntniß (des Beklagten, wonach von dem Betrage, woraus die Provision zu berechnen, vorab die Retourwaaren, Sconto und Decort in Abzug gebracht werden dürfen) vor und war mithin auf Beweis der zwischen den Partheien getroffenen Uebereinkunft zu erkennen, so fragte es sich, wem in dieser Hinsicht der Beweis aufzuerlegen sei und diese an sich nicht zweifellose Frage mußte nach der rechtskräftigen Lage der Sache zu Gunsten des Beklagten entschieden werden. Die vorigen Richter haben nämlich angenommen, daß nach allgemeinen Grundsätzen ein Provisionsreisender berechtigt sei, sich seine Provision von allen durch ihn vermittelten Bestellungen zu berechnen, und daher dem Kläger den Beweis auferlegt, daß Beklagter sich damit einverstanden erklärt habe, daß die ihm zukommende Provision nur von den wirklich effectuirten Bestellungen zu berechnen sei. Hat nun der Kläger sich hierbei beruhigt und steht es also rechtskräftig fest, daß der Beklagte an sich berechtigt sei, von allen durch ihn vermittelten Bestellungen, auch den nicht effectuirten, eine Provision zu fordern, so folgt daraus, daß der Kläger auch den Beweis der hier fraglichen weiteren, das Recht des Beklagten beschränkenden Vereinbarung hinsichtlich der Retourwaaren, Sconto und Decorte übernehmen muß.

CIV.

W. Herf aus B. Klägerin
contra
F. S. aus Offenbach, Beklagten.

Klägerin forderte für ihr am 9. December 1838 unehelich geborenes Kind für den Zeitraum von 1838 bis 1851 Alimente. Der Beklagte stellte die Vaterschaft in Abrede, behauptete, daß das großherzoglich hessische Gesetz, welchem beide Partheien unterworfen seien, eine Paternitätsklage nicht zuließe, und wandte ein, daß die Alimente für das Kind von der Klägerin gar nicht bestritten worden seien, daß vielmehr die Gemeinde und Mildthätige dasselbe erhalten habe.

Das Stadtgericht erkannte am 17. December 1856: — — Klägerin hat — rechtsgenügend darzuthun:

a. daß Beklagter ihr zu einer der Geburt ihres Kindes entsprechenden Zeit geschlechtlich beigewohnt habe;

b. daß sie auf den Unterhalt ihres Kindes von dessen Geburt bis zum zurückgelegten 7. Lebensjahre wöchentlich 45 kr. und von da an bis zum zurückgelegten 13. Lebensjahre desselben wöchentlich fl. 1 oder wie viel weniger als die angegebenen Beträge verwendet habe.

Auf beiderseitige Appellation und vom Beklagten beantragte Actenversendung erkannte das Spruchcollegium zu Tübingen am 5. August 1857, daß — neben den stadtgerichtlichen Beweisauflagen die Klägerin noch weiter — — rechtsgenügend darzuthun habe:

entweder daß nach den Rechtsnormen, welche in der Zeit von der Geburt des Kindes bis zum zurückgelegten 13. Lebensjahre desselben im Großherzogthume Hessen gegolten haben, außerehelich gezeugten Kindern Ansprüche auf Alimente gegenüber von ihrem Erzeuger zugestanden sind,

oder daß der Beklagte der Klägerin das Versprechen gegeben habe, für die Ernährung des von ihm gezeugten Kindes sorgen zu wollen.

Auf Oberappellation der Klägerin wurde unter Verurtheilung derselben in die Kosten dies Urtheil vom Oberappellationsgerichte am 30. November 1857 bestätigt.

245. Alimentenklage der außerehelichen Mutter. Einrede der Ernährung des Kindes durch einen Dritten.

Es genügt wegen der zweiten, in jetziger Instanz gar nicht weiter ausgeführten Beschwerde der Klägerin (daß ihr der Beweis, auf den Unterhalt des Kindes wöchentlich 45 kr. resp. fl. 1 oder wie viel weniger verwendet zu haben, auferlegt worden sei) im Allgemeinen eine Verweisung auf die Entscheidungsgründe des vorigen Urtheils und bedarf nur noch der Bemerkung, daß zwar da, wo die Ernährung eines unehelichen Kindes durch die Mutter außer Zweifel steht, der Alimentenbeitrag des Vaters nicht bloß für die Zukunft, sondern auch hinsichtlich des Ersatzes für die Vergangenheit durch richterliches Ermessen in seiner Größe bestimmt werden kann, daß aber im vorliegenden Falle gerade bestritten ist, ob die Klägerin ihr Kind überhaupt oder doch während des ganzen in Frage stehenden Zeitraums selbst unterhalten habe und daß deßhalb hier eine Beweisauflage über den durchschnittlichen Betrag der Aufwendung unentbehrlich war, womit indessen das Eintreten des richterlichen Ermessens für diejenigen Zeiten, für welche die Klägerin die alleinige Bestreitung des Unterhalts ihres Kindes erweisen sollte, keineswegs abgeschnitten ist.

Die zweite Instanz führte Folgendes aus:

— — Es wird geltend gemacht, daß das Kind einen selbstständigen Anspruch auf die vom Vater bisher nicht entrichteten Alimentenbeiträge habe, indem es in seinen Vermögens-Rechten offenbar verkürzt würde, wenn ihm für die bisher ohne Beitrag Seitens des Vaters aufgewendeten Alimente nicht vergütet werden sollten, daß deßhalb die Thatsache des Nichtbeitragens durch den Vater genüge und die Mutter in Vertretung des Kindes handle. Gegen diesen

Grund kommt aber in Betracht, daß die Klägerin in dieser Eigenschaft den Anspruch zuerst gar nicht erhoben hat, daß das Kind bereits auf eine es nicht weiter zum Ersatz verpflichtende Weise alimentirt ist, daß daher ihm für sich wegen Mangels jedes unmittelbaren rechtlichen Interesses ein Anspruch auf Ersatz der Alimente in keiner Weise zustehen kann, daß es daher in anderer Weise, denn höchstens als Erbe seiner Mutter, einen Anspruch nicht erheben könnte (auch Bender Civilpr. p. 196 nte. 11).

— — -- Die Beschwerdeführung der Klägerin selbst muß jedenfalls insoweit unbegründet erscheinen, als sie die Unterstützungen, welche durch Armenkassen etwa dem Kinde geleistet worden sind, für sich ersetzt verlangen will; denn diese erscheinen weder aus Rücksicht auf die Mutter, noch aus Rücksicht auf den Vater geleistet, sondern lediglich aus Fürsorge für das Kind; wenn in dieser Beziehung ein Ersatzanspruch besteht, so kommt dieser lediglich der Armenkasse zu (Meyenfeld Schenknng I. p. 234). Aber auch Unterstützungen durch andere Personen haben noch nicht nothwendig eine Beziehung auf die Mutter, vielmehr können sie eben sowohl und an sich natürlicher dem Kind aus rein menschlichem Antheile an demselben zugewendet worden sein (Savigny System IV. p. 84 ss.) oder sind sie in der Absicht, den Vater zu verpflichten oder ihn zu beschenken, von ihnen geleistet, in welchem Falle nur ihre Geber im Verhältniß eines negotiorum gestor stehen könnten.

Für die Klägerin liegt ein Ersatzanspruch nur dann vor, wenn sie lediglich ihr von Dritten Zugewandtes zur Alimentation verwendet hat, indem hier sodann die Bezugsquelle nicht in Betracht kommt: wurde aber von Dritten unmittelbar ein Aufwand auf das Kind gemacht, so fehlt es an einer genügenden thatsächlichen Begründung, daß dieser Aufwand geschehen ist, um gleich einer Hingabe durch die Mutter selbst betrachtet zu werden, da der Anspruch der Geber, daß die Unterstützung nur in Berücksichtigung der bedrängten Lage der Mutter geschehe, eine Zuwendung der Gabe an das Kind nicht ausschließen würde, indem diese Berücksichtigung der Lage der Mutter auch nur das Motiv der Handlung involviren kann.

246. Statutencollision in Bezug auf die Alimentationsansprüche der außerehelichen Mutter.

Die Klägerin verlangt, daß nicht das Großherzoglich Hessische, sondern lediglich das Frankfurtische Recht hier zur Anwendung komme. — — In den Entscheidungsgründen des vorigen Urtheils ist genügend auseinandergesetzt worden, daß es für die vorliegende Klage nur darauf ankommt, ob der Beklagte während des Zeitraums von 1838 bis 1851 zur Alimentation des von der Klägerin geborenen Kindes verpflichtet war, daß aber die Entscheidung dieser Frage in keinem Falle aus dem Frankfurtischen Rechte entnommen werden kann, welche Ansicht man auch über den Rechtsgrund der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters befolgen möge, vielmehr, da die Klägerin sich nirgend darauf gestützt hat, daß ihr Anspruch etwa durch den in jene Zeit fallenden Aufenthalt des Beklagten in England vermöge des dort geltenden Rechts begründet werde, das Großherzoglich Hessische Recht zur Anwendung gebracht werden muß.

Die zweite Instanz sprach sich folgender Maßen aus:

Ist hiernach zunächst die Rechtsfrage für den gegenwärtigen Fall festzustellen, so erscheint als das zur Sprache kommende Rechtsverhältniß vor Allem das einer negotiorum gestio; allein zugleich beruht die Frage selbst, ob die von der Klägerin angeblich geführten Geschäfte nothwendige oder doch für den Beklagten nützliche gewesen sind, auf einem Rechtsverhältniß, dem zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und diesem, und da bestritten ist, ob ein solches im vorliegenden Falle bestanden hat, ob insbesondere zu der Zeit der angeblichen Geschäftsführung irgend welche rechtliche Verpflichtung des Beklagten zur Reichung von Alimenten an das fragliche Kind vorhanden war, so hat sich die Untersuchung zugleich darauf zu erstrecken, welche Rechtsnormen auf dies Verhältniß zur Anwendung zu bringen sind.

Hierbei ist aber stets zu beachten, daß es sich nicht um Feststellung dieses Rechtsverhältnisses für die Gegenwart und Zukunft handelt, sondern dasselbe für die Zeit von 1838/52 zu ermitteln ist, da nur, wenn eine Verpflichtung des Beklagten für diese Zeit anzunehmen ist, die Voraussetzungen einer Geschäftsführung stattfinden. — — — Die verschiedene

Auffassung des Rechtsverhältnisses (in Betreff der Alimentationspflicht des Vaters eines außerehelichen Kindes) muß aber auch zu verschiedenen Grundsätzen über das anzuwendende Recht führen. Der Annahme der Verpflichtung aus einem Delicte entspricht die Berücksichtigung der Gesetze des Orts, wo dasselbe verübt wurde;

Schäffner Internationales Recht p. 124
Renaud Deutsches Privatr. p. 107
Seuffert Archiv Bd. I. p. 161; Bd. II. p. 159

der der Verpflichtung rein durch den Act der Erzeugung gleichfalls die Berücksichtigung der Gesetze des Orts, wo diese geschah, obgleich, weil der Beischlaf an sehr verschiedenen Orten mit durchaus verschiedenen Rechten vollzogen worden sein kann, hierdurch ein bestimmter Anhaltspunct leicht nicht gegeben ist.

Bei der Annahme der Verwandtschaft als Verpflichtungsgrund erscheint der Ort des Beischlafs nicht als bestimmend; es kann hier von einer freiwilligen Unterwerfung unter das Gesetz des Orts des Beischlafs nicht die Rede sein; denn der Hauptbetheiligte ist nicht vertreten und durch die Zeugung wird ein bleibendes persönliches Verhältniß gegründet, welches unabhängig von dem Willen der Concumbenten entsteht.

Bleibende persönliche Verhältnisse von einem ganz zufällig gewählten Orte abhängig zu machen, entspricht nicht ihrer Natur; es ist vielmehr dieser allein angemessen, einen gleichfalls bleibenden Zustand einwirken zu lassen und dieser ist der Wohnort der Betheiligten.

Heerwart Civ. Arch. XIV. p. 439
Vangerow Pandecten § 260
Wächter Civ. Arch. XXV. p. 396.

Hierzu führt auch die Analogie der Entstehung der väterlichen Gewalt, deren thatsächliche Voraussetzung gleichfalls die Zeugung ist, welche aber nicht nach dem Gesetze des Orts der Zeugung, sondern nach dem Gesetze des Orts, an welchem der Vater zur Zeit der Geburt des Kindes seinen Wohnsitz hatte, beurtheilt wird.

Savigny Bd. VIII. p. 388.

Entsteht sodann die weitere Frage, welcher Wohnsitz, ob der des Vaters, der des Kindes und welcher Zeitpunct in dieser Beziehung entscheidet, ob der zur Zeit der Zeugung, zur Zeit der Geburt oder

etwa auch noch ein späterer, so ist der des Vaters zur Zeit der Zeugung jedenfalls nach Analogie der Entstehung der väterlichen Gewalt nicht maßgebend, da auch mit der Zeit der Geburt erst die Existenz des Sprößlings gewiß ist.

Im Uebrigen ist aber für den vorliegenden Fall zunächst nur von Erheblichkeit, ob ein Wohnsitz, welcher erst nach der Zeit, für welche die Verbindlichkeit geltend gemacht wird, gewählt wird, das Verhältniß rückwärts bestimmen kann. Diese Frage ist aber entschieden zu verneinen. Geht man von dem Gesichtspuncte der Verwandtschaft als Verpflichtungsgrund aus, so muß die Verwandtschaft auch zu der Zeit, für welche aus ihr eine Verpflichtung abgeleitet wird, rechtlich bestanden haben. Namentlich die bei solchen Gesetzgebungen bestehenden Rücksichten, welche dem Privatrechte nicht entspringen, können zwar dahin führen, daß die Verwandtschaft auch nach einem späteren Zeitpuncte angenommen wird, wenn sie zur Zeit der Geburt auch mit rechtlichen Wirkungen nicht bestand, nie aber kann dies, auch diesen Rücksichten ihre vollständige Rechnung getragen, weiter führen, als daß dies für eine solche Zeit, wo das Verhältniß des Wohnsitzes bestand und wo die Verbindlichkeit wirksam sein sollte, geschieht. Die Ausdehnung einer solchen Annahme auf eine frühere Zeit würde den obersten Rechtsgrundsätzen widersprechen. Dies erhellt am deutlichsten aus folgender Erwägung: In einem Staate bestand bisher eine Gesetzgebung, wornach das Verhältniß zwischen dem Vater eines außerehelichen Kindes und diesem keine rechtlichen Verpflichtungen begründete, durch eine neue Gesetzgebung werden solche bestimmt. Daß nun dieses Gesetz nicht auf die unter der Herrschaft der früheren Gesetzgebung entstandenen Verhältnisse für die Zeit der Herrschaft dieser Gesetzgebung Anwendung zu finden vermag, daß z. B. wenn es ein Erbrecht am Nachlaß des Vaters gibt, nicht auf frühere Erbschaftsfälle anzuwenden ist, kann keinem Zweifel unterliegen.

Savigny System Bd. VIII. p. 527 ss.

Es ist selbst sehr zweifelhaft, ob die neue Gesetzgebung nur auf solche Verhältnisse Anwendung finden kann, welche zur Zeit der früheren entstanden sind, nun aber noch fortwirken; wenn aber auch ein Gesetz wegen der mit solchen Vorschriften leicht verbundenen sonstigen Zwecke eine Anwendung hierauf zuläßt, so kann es doch auf die frühere Zeit

keine Anwendung finden; das Kind ist für diese ernährt und kann eine Rücksicht auf sein Wohl nur die Gesetzgebung zu einer zugleich mit ihrer Erlassung wirksamen Bestimmung veranlassen. Die gleichen Grundsätze haben aber auch, wie Savigny l. c. p. 529 gleichfalls anerkennt, bei örtlichen Collisionen stattzufinden; das mit der Wahl eines Wohnorts geltende Gesetz kann keine Anwendung finden wollen auf die Zeit vor dieser Wahl, wenn es auch das Verhältniß für die Zukunft bestimmen will. Hiernach ergibt sich als Resultat der bisherigen Ausführung:

1. Bei Ansprüchen unehelicher Kinder auf Alimente entscheiden nicht unbedingt die Rechtsnormen des Landes, bei dessen Gerichten sie erhoben werden.

2. Das Recht, am Wohnsitz des Vaters oder des Kindes, welchen diese nach der Zeit der Geburt haben, kann nie insoweit in Betracht kommen, daß dieses Recht für eine Zeit maßgebend wäre, wo der Wohnsitz des einen oder anderen noch nicht bestanden hat, sondern höchstens nur für die dem Wohnsitze entsprechende Zeit.

Der Anwendung dieser Grundsätze kann nun die hierbei in Betracht kommende Großherzoglich Hessische Gesetzgebung nicht im Wege stehen; denn es ist in der Natur der Sache gelegen, daß sie auf die zumal von Bewohnern des Großherzogthums Hessen in Hessen verübte Unzuchtsfälle Anwendung finden will.

Bestimmt nun, wie Beklagter Seits behauptet ist, die Großherzoglich Hessische Gesetzgebung, daß ein Anspruch auf Alimente wegen unehelicher Schwängerung nicht stattfinde, so würde sich hieraus die völlige Grundlosigkeit des klägerischen Anspruchs, abgesehen von einem besonderen Versprechen, ergeben.

Dieses Resultat geht aus den eben festgestellten Grundsätzen hervor.

Bei dem Inhalte der Gesetzgebung, wie er behauptet ist, hat die Klägerin das, was sie auf die Ernährung des Kindes aufgewendet hat, lediglich nur in Erfüllung ihrer eigenen Verbindlichkeit geleistet. Wollte sie aber auch selbst je die Geschäfte des Beklagten führen, so hat sie dieselben doch in Wirklichkeit nicht geführt, weil die Alimentation des Kindes für die entsprechende Zeit, selbst dem Kinde gegenüber nicht die Verpflichtung des Beklagten war. Die für die Klägerin günstigste Ansicht ist die bisher geltend gemachte, welche den Wohnort der

Betheiligten berücksichtigt, da die Gesetzgebung am Orte des Beischlafs jedenfalls einen Anspruch ausschließen würde. Aber auch der Grundsatz oben sub 2 hier angewandt, ergibt sich das gleiche Resultat.

Der Wohnort des Beklagten zur Zeit der Geburt des Kindes war in Hessen, der der Zeit des angeblichen Aufwands entsprechende in Hessen oder in England, der des Kindes in Hessen. — — Von Seiten der Klägerin ist nicht geltend gemacht, daß der Wohnort in England eine Verbindlichkeit herbeigeführt haben würde. Die Wohnorte in Hessen wären aber hierzu nach dem behaupteten Inhalt der Hessischen Gesetzgebung nicht geeignet. Der Wohnort in Frankfurt ist anerkannter Maßen durch den Beklagten erst nach Ablauf der Zeit, für welche Ersatz von aufgewendeten Alimenten beansprucht wird, genommen worden, kann hiermit nicht in Betracht kommen. Würde aber ein besonderes Versprechen der Alimentation vorliegen, so würde dieses durch die Großherzoglich Hessische Gesetzgebung auch nach dem von dem Beklagten behaupteten Inhalte nicht ausgeschlossen.

247. Statutencollision. Nachweis über fremdes Recht. Beweislast.

Zweifelhaft könnte nur die eventuell bestrittene Beweislast sein, da der Klägerin das gemeine Recht in Betreff der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters zur Seite steht, an sich daher der Beklagte nachzuweisen hatte, daß im Großherzogthum Hessen eine Ausnahme hiervon bestehe. Allein da der Inhalt des im Großherzogthum Hessen im Mai 1821 erlassenen Gesetzes, wie er in der sent. a qua zu Grunde gelegt wurde, schon mehrfach in der juristischen Literatur behandelt worden ist,

vergl. Gatt Ausführungen über die rechtl. Verhältnisse der außerehel. Kinder. Nördlingen 1851, Bd. I. p. 15—22.

so konnte es keinem Bedenken unterliegen, denselben als hinlänglich bekannt anzunehmen und vermöge der Präsumtion für die Fortdauer einer gesetzlichen Norm die Beweispflicht des Beklagten bereits für erfüllt zu erachten, so daß es der Klägerin nicht zur Beschwerde gereicht, wenn ihr überlassen worden ist, für die hier fragliche Zeit einen anderen Inhalt der Großherzoglich Hessischen Gesetzgebung nachzuweisen.

CV.

Vincenz Henrich in Vertretung seiner minderjährigen Tochter dahier, Civiladhärent

contra

Johann Georg Endres, Civiladhäsen.

Durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 26. März 1855 bestätigt durch Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 18. December 1855 wurde dem Civiladhärenten für seine beschädigte Tochter ein Schmerzensgeld von fl. 100 zugesprochen und ihm vorbehalten, die Entschädigung für sonstige dem Kinde zugefügten Nachtheile noch feststellen zu lassen. Adhärent verlangte nunmehr wegen Erblindung eines verletzten Auges eine Entschädigung von fl. 1200, die vom Appellationsgerichte am 16. Juni 1856 vorbehältlich der Ausschwörung eines Aestimationseides auf fl. 1000 bestimmt wurde. Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Civiladhäsen, unter Verurtheilung desselben in die Kosten, vom Oberappellationsgerichte am 30. November 1857 bestätigt.

248. Schadensliquidation wegen Körperverletzung. Eid über die Höhe der Entschädigungssumme dem Vater des minderjährigen Verletzten auferlegt. Collision der Schadensforderung mit dem Schmerzensgelde.

Soviel aber die wegen Erblindung des verletzten Auges verlangte Entschädigung betrifft, so kann einerseits deren rechtliche Stattnehmigkeit keinem Zweifel unterliegen, da, wenn auch die in Folge körperlicher Verletzung eingetretene deformitas selbst nach

L. 3. D. si quadrup. paup. (9, 1)

L. 7 D. de his qui effud. (9, 3)

bei freien Personen nicht soll zur Aestimation gezogen werden können, doch die in Bezug auf Arbeits- und Erwerbsfähigkeit des Verletzten oder in Betreff seines sonstigen bürgerlichen Fortkommens durch die Verletzung mittelbar schon herbeigeführten oder fernerweit zu gewärtigenden pecuniären Nachtheile, wie jedes am

Sehen eingetretene damnum injuria datum, zu behandeln sind und ersetzt werden müssen.

cf. L. 5 § 3, L. 52 § 1 D. ad L. Aquil. (9, 2)

Andererseits vermag auch der vom Appellanten erhobene Einwand, es sei der deßfalls auf fl. 1200 formirte Schadensanspruch nicht gehörig substantiirt für begründet nicht erachtet zu werden, denn da bei Schadensliquidationen der hier in Rede stehenden Art überhaupt schon das Vorhandensein und die Beschaffenheit der Verletzung hinreichend den Eintritt eines Schadens constatirt, auch über den Betrag der Entschädigung immer nur billiges Ermessen entscheiden kann, so wird hier überhaupt nicht in dem Maße, wie bei Beschädigungen am Vermögen, specielle Substantiirung aller einzelnen Umstände, welche als Factoren und Bedingungen des verlangten Ersatzes in Betracht kommen, gefordert werden können. Ueberdies steht auch aus demjenigen, was Appellat theils schon früher, theils jetzt zur Motivirung seiner Forderung, namentlich auch in Bezug auf das spätere Fortkommen seiner Tochter und die Nothwendigkeit einer Fürsorge für deren Zukunft vorgebracht hat, im Hinblick zugleich auf die Standes- und Vermögensverhältnisse des Appellaten, genügend zu erkennen, welche Momente es seien, die bei Veranschlagung der mit fl. 1200 verlangten Entschädigung den Vater geleitet haben und bei Feststellung der hierfür zuzuerkennenden Summe in Betracht zu ziehen wären.

Anlangend nun die deßfallsige Entscheidung der sent. a qua, welche den Inculpaten in die Zahlung von fl. 1000, wenn annoch Appellat eidlich erhärtet haben werde, daß auf so viel oder wie viel weniger der seiner Tochter durch die ihr zugefügte Verletzung zugegangene Schaden zu erachten sei, verurtheilt hat, so kann zunächst

a. in Betreff der vom Appellanten bestrittenen Zulässigkeit des fraglichen Eides eine Bezugnahme auf die in

Fr. S. Kramer c. Huber 1853 (Bd. I. Nr. 77)

Westbrook c. Dettmer 1843

deßfalls erfolgten Ausführungen und die Bemerkung genügen, daß bei noch nicht erreichter Eidesmündigkeit der Verletzten es keinem Bedenken unterliegen kann

cf. L. 4 pr. D. de in lit. jur. (12, 3)

in väterlicher Vertretung derselben den Appellaten zu eidlicher Bestärkung des für den zu leistenden Schadensersatz durch richterliche Festsetzung bestimmten Maximal-Satzes zuzulassen. Auch hat

b. letzterer weder an sich für zu hoch und der gegebenen Sachlage nicht entsprechend zu gelten, noch durfte derselbe in Anbetracht der vom Vater früher abgegebenen Erklärung, sich mit fl. 500 genügen lassen zu wollen, der vom Appellanten verlangten Reduction unterzogen werden; in welchen beiden Beziehungen im Uebrigen lediglich auf die Entscheidungsgründe der vorderen Instanzen zu verweisen ist und nur noch bemerkt sein mag, wie spätere Erhöhung der anfangs verlangten Entschädigung bei nachträglich sich herausstellenden anderweiten oder größeren Schäden in

L. 46, 47 D. ad L. Aquil. (9, 2)

ausdrücklich als zulässig anerkannt wird. — — — Hiernach konnte denn bloß

c. das Bedenken entstehen, ob nicht, nachdem Appellat im Laufe der Untersuchung das Schmerzensgeld in der von ihm für seine Tochter verlangten Entschädigung mit einbegriffen zu haben bestimmt erklärt und dadurch selbst die anderweit eingetretenen Nachtheile um so viel geringer taxirt hat, wenigstens der Betrag des bereits zuerkannten Schmerzensgeldes auf die angesprochene anderweite Entschädigung in Anrechnung zu bringen und demzufolge der Maximalsatz auf fl. 900 zu bestimmen sein möchte. Gegen solche Reduction mußte indessen nächst der rechtskräftigen Sachlage, wodurch das dem Kinde gebührende Schmerzensgeld zu einer Separat-Entschädigung neben und außer dem für sonstige Nachtheile der Verletzung und ihrer Folge zu leistenden Schadensersatze geworden und in solchem Maße dem Appellaten zuerkannt ist, und nächst dem Umstande, daß Appellant das früher sehr bestimmt gestellte Verlangen, auf die zuzubilligende weitere Entschädigung jene fl. 100 in Absatz zu bringen, zwar vielmehr in dem Appellationslibelle — erwähnt, aber weder durch eventuelle Beschwerdestellung, noch deutlich und bestimmt im Petitum erneuert hat, theils die inzwischen eingetretene Ausdehnung der üblen Folgen jener Verwundung, theils dies in Betracht kommen, daß Appellat, wie viel auf die früher im Ganzen verlangte Summe von

fl. 1000 resp. fl. 500 für Schmerzensgeld gerechnet sei, überall nicht angegeben hatte.

CVI.

Die Verwaltung der Schnepp'schen Armenstiftung zu Hanau, Klägerin

contra

Simon Hoffmann dahier, Beklagten.

In Folge des Bd. IV. Nr. XXIX mitgetheilten Urtheils des Oberappellationsgerichts hatte Beklagter seine etwaige Monita gegen die gestellte Schlußrechnung vorzubringen. Nachdem dies geschehen war, erkannte das Stadtgericht am 4. Februar 1850, daß die Klägerin — darzuthun habe, daß die unter I, II und III der Entscheidungsgründe erwähnten Zinsenposten von dem Vater des Beklagten am oder vor dem 19. November 1833 eingenommen worden sind. Dies Urtheil wurde auf Appellation der Klägerin bestätigt vom

Appellationsgerichte am 1. August 1856,
Oberappellationsgerichte am 22. December 1857.

CVII.

Louise Dörr, Klägerin

contra

F. C. M. W. dahier, Beklagten.

Auf geführte Beweisverhandlung erkannte das Stadtgericht am 28. April 1856, daß es als erwiesen erscheine, daß Beklagter der Klägerin die Ehe nicht versprochen habe, daher auch eine Entschädigung wegen nicht erfüllten Eheversprechens nicht

zu leisten habe. Auf Appellation der Klägerin wurde dies Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 11. August 1856,

Oberappellationsgerichte am 30. December 1857.

CVIII.

Mendel Aron Löb Lehmann dahier, Kläger

contra

die Direction der Main-Dampfschifffahrts-Gesellschaft, Beklagte.

In einer Klagsache in Betreff Entschädigung wegen einer zu Grunde gegangenen Schiffsladung beantragte der Kläger zum Behufe der Ermittlung der stattgehabten Belastung des Fahrzeugs die Edition der Verladungsbücher. Die Beklagte widersprach und denominirte unter Anderen den verantwortlichen Schiffscapitain zum Zeugen in vorliegender Sache. Nachdem das Stadtgericht am 14. April 1856 das Editionsgesuch verworfen und den vorgeschlagenen Zeugen als unzulässig erklärt hatte, beantragte Kläger auf Grund eines Zeitungsartikels, betreffend Auflösung der beklagtischen Gesellschaft, die Stellung einer Caution. Dieser Antrag wurde vom Stadtgerichte am 28. Mai 1856 verworfen. Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 22. August 1856, daß zur Edition der Verladungsbücher Tagfahrt vorzuberaumen sei, daß ferner Beklagte dem Kläger eine cautio de judicatum solvi im Betrage von fl. — zu leisten habe. Die Kosten wurden zur einen Hälfte compensirt, zur andern Hälfte der Beklagten zu erstatten aufgegeben. Auf Oberappellation der Beklagten erkannte unter Compensation der Kosten zweiter Instanz, und Compensation der Kosten der dritten Instanz zur Hälfte und Verurtheilung der Beklagten in die andere Hälfte das Oberappellationsgericht am 30. December 1857, daß das Edi-

tionsgesuch der von der Beklagten geführten Verladungsbücher und Listen als unbegründet verworfen werde.

249. Urkundenedition. Besteht eine Verbindlichkeit zur Urkundenedition zum Behufe der Vertheidigung gegen Einreden? Begriff der Gemeinschaftlichkeit der Urkunden.

(Bd. I. Nr. 143. p. 300.)

— — Mit der ersten Beschwerde verlangt die Beklagte, daß das Editionsgesuch, welches der Kläger zum Behufe seines Gegenbeweises gegen einen Theil des der Beklagten „auferlegten Einredebeweises" angebracht hat, verworfen und damit in diesem Puncte das stadtgerichtliche Erkenntniß wiederhergestellt werde. Das Editionsgesuch aber war auf Vorlegung der Verladungsbücher der Beklagten und der Liste der mit dem Schleppkahn Franke am 2. September 1854 verladenen Gegenstände gerichtet. Diese Beschwerde mußte für begründet erachtet werden.

Daß der Kläger ein erhebliches Interesse hat, den Inhalt der von ihm verlangten Urkunde kennen zu lernen, ist nach Lage der Sache keinem Zweifel unterworfen. Allein das Vorhandensein eines solchen Interesses kann, wie das Oberappellationsgericht schon wiederholt erkannt hat, für sich allein keine Editionspflicht des Gegners begründen. Es bedarf vielmehr eines speciellen Rechtsgrundes hierfür, und wenngleich in dieser Beziehung die Vorschrift der Reform. I tit. 31 § 20 nicht als Beschränkung des gemeinen Rechts aufgefaßt werden darf, so waren doch die für das vorliegende Editionsgesuch geltend gemachten Gründe nicht zutreffend. Wenn sich nämlich der Kläger zunächst

1. auf eine processualische Pflicht der Beklagten beruft, weil die verlangten Urkunden zum directen Gegenbeweis gegen eine Einrede benutzt werden sollen, so ist zwar die Ansicht, daß der Kläger zur Vertheidigung gegen Einreden ebenso die Edition von Urkunden begehren könne, wie der Beklagte zur Vertheidigung gegen die Klage, eine sehr verbreitete. Sie beruht jedoch auf einer zu weit gehenden Anwendung des Satzes: **reus excipiendo fit actor.** Der Unterschied, den die Gesetze selbst rücksichtlich der Editionspflicht zwischen dem Kläger und dem Beklagten aufstellen,

L 5. 6. 8 C. de edendo (2, 1)

beruht unverkennbar auf der angreifenden Stellung des Klägers für den ganzen Proceß und nicht auf derjenigen, welche die eine, wie die andere Parthei hinsichtlich der einzelnen ihr zum Beweise obliegenden Behauptungen einnimmt. Der nämliche Grund, aus welchem auch in anderen Beziehungen, bei sonst gleichen Verhältnissen der Partheien, der Beklagte als solcher einen Vorzug genießt, gewährt ihm den ausgedehnten Anspruch auf Urkunden-Edition. Es ist nur seine allgemeine processualische Stellung, welche hier wie dort in Betracht kommt. Daraus folgt aber die Unzulässigkeit einer analogen Ausdehnung der klägerischen Editionspflicht auf den Beklagten von selbst. Jene Ansicht hat deßhalb auch neuerer Zeit mehrfachen Widerspruch gefunden

Glück Comment. Bd. 22 p. 122
Bayer Vorträge ed. 7. p. 588
v. Vangerow Pand. III. p. 637

und das Oberappellationsgericht hat sich bereits in einer anderen Sache ebenfalls dahin entschieden, daß der Kläger zum Behuf des directen Gegenbeweises gegen Einreden keine Edition vom Beklagten fordern könne.

2. Der Kläger macht ferner geltend, die Pflicht der Argentarien zur Vorlegung ihrer rationes sei durch den Gerichtsgebrauch auf die für den öffentlichen Verkehr angestellten und zur Führung genauer Register verpflichteten Personen ausgedehnt worden. Allein diese Ausdehnung läßt sich, wenn überhaupt doch nur für solche Personen behaupten, welche zur Betreibung eines Verkehrs-Geschäftes unter öffentlicher Autorität angestellt und vermöge dieser Autorisation zur Führung gewisser Bücher oder Register verpflichtet sind. Die Erlaubniß zur Bildung einer Actiengesellschaft für einen gewissen Verkehrbetrieb ist aber etwas von einer öffentlichen Anstellung ganz verschiedenes und daß der beklagten Gesellschaft von Staatswegen die Pflicht zur Führung von Verladungsbüchern und Registern auferlegt sei, ist vom Kläger nicht einmal bestimmt behauptet worden. Auch die Ausdehnung jener Vorschrift auf die Handelsbücher der Kaufleute

Vgl. Wetzell System I. p. 142

würde hier nicht in Betracht kommen, da aus den Verhandlungen

der Partheien ebensowenig zu entnehmen ist, ob den Verladungsbüchern der Beklagten eine den Handlungsbüchern gleiche Eigenschaft beigelegt werden kann.

3. Endlich stützt sich der Kläger darauf, daß die fraglichen Verladungsbücher und Listen gemeinschaftliche Documente seien. Nun ist es zwar richtig, daß eine Urkunde nicht bloß im Falle wirklichen Miteigenthums, sondern auch dann als eine gemeinschaftliche der Editionspflicht unterliegt, wenn der Antragsteller eine Person ist, zu deren Gebrauch sie verfertigt wurde oder deren Rechtsverhältnisse dadurch regulirt werden sollen. Auch ist dem Kläger zuzugeben, daß die Editionspflicht dann nicht nothwendig davon abhänge, ob in jedem einzelnen Falle der Inhalt der Urkunde als außergerichtliches Geständniß betrachtet werden könne. Zum Begriff der Gemeinschaftlichkeit in dem angegebenen Sinne genügt es aber nicht, wenn die in einer Urkunde gemachten Aufzeichnungen objectiv die Rechtsverhältnisse des Antragstellers mit berühren, vielmehr ist es gerade wesentlich, daß die Beziehung der Urkunde auf diese Rechtsverhältnisse eine bei der Anfertigung beabsichtigte gewesen sei, daß die Feststellung oder Sicherung der Rechtsverhältnisse in der Bestimmung der Urkunde gelegen habe.

Fr. S. Strunck c. Rolffs u. Comp. 1852 (Bd. I. Nr. 143).

Es kann jedoch ohne nähere Aufklärung über den Anlaß und Zweck der fraglichen Verladungsbücher und Listen nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden, daß die Beklagte dieselbe zugleich im Interesse der einzelnen Ladungsinteressenten und zum Zwecke der Feststellung ihrer Rechtsverhältnisse führe. Vielmehr muß im Zweifel angenommen werden, daß dieselben nur dazu bestimmt seien, für die beklagte Gesellschaft und die Ordnung ihrer eigenen Geschäftsverwaltung zu dienen. Es wäre daher auch hier Sache des Klägers gewesen, eine weiter gehende Bestimmung der fraglichen Urkunden, sei es in allgemeiner Beziehung auf den Betrieb der Flußschifffahrt überhaupt, sei es für die Geschäftsführung der Beklagten im Besonderen nachzuweisen.

Wenn das Appellationsgericht zu Gunsten des Klägers geltend macht, er sei berechtigt, die Belastungsfähigkeit des benutzten

Fahrzeuges zu untersuchen und Ausweis über die stattgehabte Belastung zu verlangen, so wird ersteres von der Beklagten selbst nicht bestritten, letzteres findet aber seine Erledigung bereits darin, daß die Beklagte in Beziehung auf den in Frage stehenden Unfall die beweispflichtige Parthei ist, also auch die Innehaltung des richtigen Maßes der Belastung mit darzuthun haben wird, während daraus nicht gefolgert werden kann, daß sie dem Kläger auch noch Mittel zur Führung seines Gegenbeweises zu liefern habe.

250. Unfähigkeit eines Zeugen wegen Interesses an dem Ausgang des Processes.
(Bd. I. Nr. 111. Bd. III. Nr. 155.)

Die zweite Beschwerde — — gegen die Verwerfung des Capitains Kittel als Zeugen in dieser Sache gerichtet, war als unbegründet zu verwerfen. — Nach der Vorschrift der Ref. I. tit. 33 § 13 unterliegt es keinem Zweifel, daß ein Zeuge nicht bloß dann, wenn er selbst Parthei im Processe ist, sondern auch dann, wenn er nur mittelbar durch den Ausgang des Rechtsstreits betroffen, namentlich dem Producenten regreßpflichtig sein sollte, als unzulässig verworfen werden muß. Ebenso gewiß ist es aber, daß der Capitain Kittel, wenn sich herausstellen sollte, daß durch sein Verschulden die Beschädigung der für den Kläger bestimmten Waaren am 2. September 1854 herbeigeführt sei, der Beklagten regreßpflichtig sein würde. Nun kann freilich das eigene Interesse eines Zeugen unter Umständen ein so entferntes, unbestimmtes oder geringfügiges sein, daß es dem in die eidliche Verpflichtung zu setzenden Vertrauen gegenüber seine Bedeutung mehr oder weniger verliert; und dann liegt in der Zulassung des Zeugen keine wahre Abweichung von der gesetzlichen Vorschrift. — Auf einen Fall der Art bezog sich das von der Beklagten angeführte Präjudicat*), wie denn auch in mehreren Frankfurtischen Sachen noch neuerlich in gleichem Sinne entschieden worden ist.

Götz c. Horix 1852 (Bd. I. Nr. 111)
Kurtzrock c. Henrich 1853
Hitzel c. Söldner 1856 (Bd. III. Nr. 155)

*) Seuffert Archiv V. Nr. 321.

Hier handelt es sich aber um die Verantwortlichkeit des Capitain Kittel für die gesammte vom Kläger in Anspruch genommene Entschädigung von fl. 1257. 58 kr., also um einen für einen Mann seines Standes schon sehr erheblichen Verlust, welcher, falls im jetzigen Processe sich sein Verschulden ergeben sollte, nicht als ein bloß möglicher, sondern als ein sehr wahrscheinlich in Aussicht stehender erscheint.

Der Grund aber, aus welchem die Beklagte hauptsächlich die Zulassung des Zeugen vertheidigen zu können meint, ist ein nach der factischen Lage nicht zutreffender. Sie hebt nämlich hervor, der Zeuge solle nur über den ersten Beweissatz der Beklagten vernommen werden, welcher nicht etwa das Verfahren des Capitains bei Bergung der geladenen Waaren, sondern nur das Leckwerden des Schleppkahns betreffe, und dieses letztere könne, wenn keine vis major vorgelegen haben sollte, allein der fehlerhaften Leitung des vom Capitain nicht angestellten Kahnführers zugeschrieben werden. Mit Unrecht hat nun allerdings der Kläger in jetziger Instanz bestritten, daß der Steuermann des Schleppkahns an dem fraglichen Tage wider Willen des Capitains zum Steuern (von der Direction) angestellt worden sei, indem er diesen Umstand in der Replik erster Instanz selbst behauptet hatte. Auch kann die Frage dahingestellt bleiben, ob der Capitain etwa trotzdem für Versehen des Steuermanns zu haften habe. Denn jedenfalls ist die Voraussetzung, als ob das Leckwerden des Schleppkahns, wenn nicht durch vis major entstanden, nur durch Schuld jenes Kahnführers herbeigeführt worden sein könne, eine unrichtige. Unbezweifelt stand der Kahnführer immer unter dem Commando des Capitains und der Unfall kann daher sehr wohl in einer fehlerhaften Oberleitung des Letztern seine Ursachen gehabt haben, so daß selbst hinsichtlich der für die Zeugen bestimmten speciellen Fragpuncte, welche sich auf die unmittelbare Veranlassung des Leckwerdens durch Auffahren auf Steine in der Tiefe des Fahrwassers beziehen, der Capitain wesentlich dabei interessirt bleibt, diese Veranlassung wo möglich als eine nicht vorauszusehende darzustellen. Es kommt aber hinzu, daß die Zeugen auch über den ersten Beweissatz im Allgemeinen vernommen werden sollen, dieser

aber die Verneinung aller der Umstände mit umfaßt, welche, ganz abgesehen von der Leitung des Schleppkahns im richtigen Fahrwasser, eine Verschuldung des Capitains begründen könnten, wie die schlechte Beschaffenheit des Kahns selbst, die zu starke Belastung desselben im Verhältniß zum niedrigen Wasserstande.

251. Cautio judicatum solvi im Verhältniß zur Arrestanlage. Cautio judicatum solvi wegen drohender Gefahr, die Realisirung des künftigen Urtheils vereitelt zu sehen.

Die — weitere Beschwerde ist gegen die der Beklagten in der sent. a qua auferlegte cautio judicatum solvi gerichtet und verlangt in dieser Beziehung Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 28. Mai 1856. Auch diese Beschwerde stellte sich als unbegründet dar.

Der Cautions-Antrag des Klägers vom 19. April 1856 stützte sich auf die in einem überreichten Zeitungs-Artikel enthaltenen Angaben: der Betrieb der beklagten Gesellschaft liefere, namentlich seit 1855 sehr ungünstige Resultate; in einer Generalversammlung vom 8. April sei deßhalb beschlossen worden, daß künftig bloß Güter befördert und wenn nicht die Bayerische Regierung auf käufliche Uebernahme oder angemessene Unterstützung des Unternehmens eingehe, in einer längstens Ende August zu berufenden Generalversammlung über die Auflösung der Gesellschaft beschlossen werden solle. Mit Unrecht hat

1. die Beklagte gegen diesen Antrag hauptsächlich geltend gemacht, er müsse wegen ungenügender Bescheinigung als formell unstatthaft verworfen werden. Der Antrag des Klägers war kein selbstständiges Arrestgesuch, welches an die Erfordernisse des art. 53 der provisorischen Proceß-Ordnung gebunden wäre, sondern ein Incident-Antrag auf Sicherstellung der künftigen Judicat-Erfüllung im Laufe eines bereits anhängigen Processes und war daher nach art. 76 der Proceß-Ordnung zu beurtheilen. Ein solcher Incident-Antrag setzt aber, wenn nicht damit, wie bei einem Arrestgesuche, eine Executionsmaßregel ohne vorgängiges Gehör des Gegners beabsichtigt wird, zu seiner Statthaftigkeit auch nicht eine sofortige vollständige Bescheinigung voraus, ist vielmehr nur

unbestimmt summarisch zu verhandeln und die etwa fehlende bessere Bescheinigung kann sowohl im Laufe der Verhandlung ergänzt, als auch noch vom Richter auferlegt werden. Der vorliegende Antrag ist nun auch wirklich nur so behandelt und es ist darüber sogar bis zur Duplik verfahren worden, so daß es dem Kläger um so weniger im Wege stehen kann, wenn er sich bei Stellung des Antrags mit auf den art. 53 der Proceß-Ordnung berief. Die Beklagte hatte daher die Pflicht, sich speciell über die erwähnten Thatsachen zu erklären, und kann sich nicht darüber beschweren, wenn die von ihr ausdrücklich oder stillschweigend abgelegten Geständnisse bei der Entscheidung zu Grunde gelegt werden. Es kommt somit

2. nur darauf an, ob die angeführten Thatsachen constatirt und ob sie zur Begründung des Antrags geeignet sind. In ersterer Beziehung hat die sent. a qua mit Recht geltend gemacht, daß die Beklagte dem thatsächlichen Inhalte des vom Kläger beigebrachten Zeitungs-Artikels gar nicht widersprochen hat, so daß derselbe als stillschweigend zugestanden erachtet werden mußte. Es kommt aber hinzu, daß die Beklagte in jetziger Instanz nicht nur eine Bekanntmachung des Verwaltungsrathes der Gesellschaft producirte, in welcher sich der Inhalt des Beschlusses der Generalversammlung vom 8. April im Wesentlichen übereinstimmend mit der Behauptung des Klägers angegeben findet, sondern auch im Appellationslibelle selbst einräumt, daß damals wegen der ungünstigen Resultate der vorausgegangenen Betriebsjahre eine eventuelle Auflösung der Gesellschaft in Berathung habe gezogen werden sollen.

Ebensowenig kann es aber einem Zweifel unterliegen, daß der Kläger bei dieser Sachlage berechtigt war, eine Cautionsleistung zu beantragen. Die Auflegung einer cautio judicatum solvi ist allerdings eine außerordentliche Maßregel, indessen ist es zu beschränkt, wenn manche Schriftsteller nur den Fall einer vom Beklagten begonnenen Verschwendung seines Vermögens als dazu geeignet erwähnen. Vielmehr muß nach der Praxis angenommen werden, daß alle im Laufe eines Processes vorkommenden Umstände, welche für den Kläger eine erhebliche Gefahr ergeben, die Reali-

35*

sirung des künftigen Urtheils vereitelt zu sehen, die Cautionspflicht begründen.

Mevius decis. I. dec. 177
Glück Comment. Bd. 3 p. 442 ss.
Martin Vorles. II. p. 437 ss.
Schmid Handb. I. p. 213.

Daß nun die Auflösung einer Actiengesellschaft für die Gläubiger derselben sehr leicht erhebliche Nachtheile herbeiführen, daß ihnen dadurch die Execution erschwert und unter Umständen ganz oder theilweise unmöglich gemacht werden kann, bedarf keiner Ausführung und wird von der Beklagten im Allgemeinen auch nicht bestritten. Erwägt man aber, daß nach einmal gefaßtem Auflösungsbeschluß das kürzere oder längere Fortbestehen eines angreifbaren Gesellschaftsfonds von Umständen abhängt, auf welche den Gläubigern keine Einwirkung zusteht, so muß das Dasein einer erheblichen Gefahr auch schon dann anerkannt werden, wenn die Auflösung der Gesellschaft nur in wahrscheinliche Aussicht gestellt ist, zumal wenn diese Aussicht darauf beruht, daß das von der Gesellschaft betriebene Geschäft ungünstige pecuniäre Resultate geliefert hat. So war aber die Lage der Sache im vorliegenden Falle, indem wegen ungünstiger Betriebsergebnisse ein Auflösungs-Beschluß zur Berathung gestellt werden sollte, wenn nicht eine bei der Bayerischen Regierung beantragte Abhülfe eintreten würde. Auch kann der Beklagten der in jetziger Instanz geltend gemachte Umstand, daß die zum Behufe eines etwaigen Auflösungsbeschlusses beabsichtigte Generalversammlung durch die oben erwähnte Bekanntmachung des Verwaltungsrathes wieder abgekündigt worden ist, schon deßhalb nicht zu Statten kommen, weil nach Inhalt dieser Bekanntmachung die Entschließung der Bayerischen Regierung nur für eine spätere Zeit vorbehalten wurde, die getroffene Einleitung zu einem Auflösungsbeschluß daher nicht erledigt, sondern nur in ihrer Ausführung verschoben worden ist.

252. Kostencompensation.

Die dritte Beschwerde der Beklagten ist gegen die Verurtheilung derselben in die Hälfte der Kosten voriger Instanz gerichtet

und verlangt, daß entweder der Kläger in diese Hälfte verurtheilt werde oder doch sämmtliche Kosten voriger Instanz compensirt würden. In ihrer principalen Richtung war die Beschwerde verwerflich, da der Kläger in voriger Instanz mit zwei von seinen drei Beschwerden durchgedrungen ist, was ihm ungeachtet der nunmehrigen theilweisen Wiederherstellung des Erkenntnisses erster Instanz zu Statten kommen muß. Dagegen rechtfertigte sich allerdings eine durchgängige Compensation der fraglichen Kosten, da beide Theile mit ihren Beschwerden voriger Instanz theilweise Recht behalten haben, theilweise abgewiesen worden sind.

CIX.

Kiwa Ketskenet in Wien, Kläger
contra
die Curatoren des Joh. Ludwig Lemme, Beklagte.

In Betreff der Aechtheit der Unterschrift eines Wechsels führte Kläger Beweis durch Schriftverständige. Deren Gutachten lautete verschieden: zwei sprachen sich für die Unächtheit der Unterschrift aus, einer erklärte die Unterschrift für ächt. Das Stadtgericht erkannte am 14. November 1855, wegen Collision der Gutachten sei eine abermalige Prüfung durch neue Sachverständige erforderlich. Auf Appellation der Beklagten erkannte das Appellationsgericht am 18. Januar 1856, daß von einer nochmaligen Prüfung durch neue Schreibverständige zu abstrahiren und vielmehr von dem Stadtgerichte auf den Diffessionseid zu erkennen sei. Dieses Urtheil wurde auf Oberappellation des Klägers unter Verurtheilung desselben in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 30. December 1857 bestätigt.

253. Sachverständige. Gemeinschaftliche Berathungen.

Bei Beurtheilung der Beschwerde entsteht zunächst die Vorfrage, ob die in jetziger Instanz von beiden Theilen beigebrachten

Nova über das Verfahren der erwähnten drei Sachverständigen — — einen Grund darbieten, um eines der abgegebenen beiden Gutachten formell zu beanstanden oder für minder glaubwürdig, als das andere zu erachten. Diese Frage war jedoch zu verneinen, ohne daß die processualische Statthaftigkeit der Nova näher geprüft zu werden brauchte. Was das Verfahren der drei Schreibverständigen betrifft, so geht aus den zu den Acten jetziger Instanz gekommenen Aufsätzen derselben hervor, daß nur eine gemeinschaftliche Conferenz unter ihnen stattfand, in welcher man noch nicht zu einem Resultate kam, und daß nachher zwar noch einige Besprechungen von je zweien derselben gehalten wurden, eine gleichzeitige Berathung aller drei aber nicht mehr zu Stande kam. So zweckmäßig indessen gemeinschaftliche Berathungen von Sachverständigen sind, um sich gegenseitig aufzuklären und eine möglichste Einigung der Ansichten herbeizuführen, so läßt sich doch keineswegs behaupten, daß sie für die Gültigkeit der abzugebenden Gutachten wesentlich seien, vielmehr ist auch eine völlig gesonderte Prüfung und Begutachtung jedes Einzelnen rechtlich zulässig und somit der angeführte Umstand unerheblich.

254. Sachverständige. Collision der Gutachten.

Es kommt Alles auf die Hauptfrage an, welchen Erfolg der Widerspruch zwischen beiden Gutachten für die richterliche Entscheidung habe. — —

1. Ueber die Collision von Gutachten mehrerer Sachverständigen, wenn es sich nicht um eine Schätzung handelt, werden in der heutigen Doctrin im Wesentlichen drei verschiedene Ansichten aufgestellt. Die eine, vorzugsweise von

Gönner Handbuch II. Nr. 45 § 14—17

vertheidigte und nach ihm von

Schneider vom rechtl. Beweise § 183, 188 u. Anm. 41
Biener Syst. proc. § 154
Thibaut Pand. ed. 4 III. § 1187
Querbeck Meditat. Bd. II. p. 73—76
Bayer Vorträge ed. 7 p. 482 ed. 8 p. 826

angenommene Ansicht geht dahin, daß der Richter, ohne Abwägung

der verschiedenen Motive der Sachverständigen an den Ausspruch der Mehrheit gebunden sei und nur im Falle der Stimmengleichheit ein neues Gutachten einzuholen habe.

Andere Schriftsteller gehen davon aus, daß das mit den triftigsten Gründen unterstützte Gutachten den Ausschlag geben müsse, wollen den Vorzug der Motivirung jedesmal durch ein anderweites ex officio einzuholendes Gutachten ermittelt wissen und sehen, wo dies nicht thunlich, das Resultat als ein zweifelhaft gebliebenes, nach einigen durch richterlichen Eid zu entscheidendes an.

Martin Lehrbuch § 218 u. Vorlesungen II. p. 265—267
Gensler im Civ. Arch. Bd. 1 p. 52 nte. XX u. Commentar. ed. Guyet zu § 123 e u. § 207.
Grolmann Theorie ed. 3 u. 4 § 84 abweichend v. ed 2
Schmidt Handbuch II. p. 326 ss.
Walther im Civ. Arch. Bd. 26 p. 287—289
Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 9 p. 554 ss. 561.

Noch Andere folgen einem Mittelweg, indem sie die Analogie des Zeugenbeweises anwenden und danach auf die Mehrheit der Sachverständigen zwar Gewicht legen, insofern sie dem Richter eine größere Bürgschaft für die Richtigkeit ihres Ausspruches darbiete, ihn aber keineswegs für unbedingt dadurch gebunden erachten, sondern, wenn sich gegen das Majoritäts-Gutachten ein erheblicher Zweifel ergebe, andere Sachverständige zugezogen wissen wollen,

Mittermaier im Civ. Arch. Bd. 2 p. 137—140
W. H. Puchta in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß Bd. 3 p. 66—68
Seeger das Verfahren mit Sachverständigen. Stuttg. 1841 § 73
Linde Lehrb. ed. 7 § 296 nte. 5

eine Meinung, welche auch in neueren Particulargesetzen

Badische Proc.-Ordn. von 1831 § 450, 549
Hannover'sche Proc.-Ordn. von 1850 § 278

Billigung gefunden hat.

Unter diesen verschiedenen Ansichten verdient die dritte den Vorzug. Für die erste beruft man sich ohne Grund auf

L. 1 pr. D. de inspic. ventre (25,4),

welche Stelle darum nicht entscheiden kann, weil sie einen Fall betrifft, wo es auf ein nach bloßer Wahrscheinlichkeit zu regulirendes Provisorium ankam und weil sie jedenfalls auch mit der dritten Ansicht gleich gut vereinbar ist. Gegen die erste Ansicht spricht aber, daß die zum Zwecke einer Beweisführung ernannten mehreren Sachverständigen weder ein Collegium bilden, noch die Eigenschaft von Schiedsrichtern haben. Selbst zu einer analogen Beurtheilung nach der Stellung von Schiedsrichtern fehlt ein genügender Rechtsgrund. Eine unbedingt bindende Kraft läßt sich daher dem Gutachten Sachverständiger überhaupt nicht beilegen; vielmehr muß man, wie dies schon von bewährten älteren Practikern

Mevius decis. t. II. dec. 261 t. VIII. dec. 26

J. H. Böhmer exercitt. ad Pand. Nr. 87 § 29. 30 t. V. p. 546—48

Pufendorf observ. t. II. Nr. 105

und neuerlich von

Heffter System § 246

bemerkt worden ist, davon ausgehen, daß die Aussprüche der einzelnen Sachverständigen nur die Bestimmung haben, den Richter zu informiren und zu überzeugen, ihm nach Maßgabe ihres äußern und innern Werthes als Beweisquelle zu dienen. Nun ist bei der Eigenthümlichkeit dieser Beweisquelle dem Richter allerdings für den Collisionsfall ein erweiterter Spielraum im Aufsuchen besserer und vollständiger Aufklärung einzuräumen. Indessen geht es wieder zu weit, wenn man — nach der zweiten Ansicht — den Richter verpflichtet, jedesmal selbst ohne Rücksicht auf die Stärke der vorhandenen Majorität ein neues Gutachten zu veranlassen. Es muß vielmehr auch hier festgehalten werden, daß mit der einmaligen Ernennung von Sachverständigen das Beweismaterial in der Regel seinen Abschluß erhalten soll, und nur, wo das Resultat aus irgend einem Grunde — wie wegen Stimmengleichheit, wegen ungenügender Motivirung des Ausspruchs der Majorität, wegen erheblicher, durch das Gewicht der Minoritätsgründe dagegen entstehender Zweifel — die erwartete Aufklärung nicht geliefert hat, rechtfertigt sich die in jenem Auskunftsmittel liegende Abweichung von der Analogie des Zeugenbeweises. Die

unbedingte Einholung eines neuen Gutachtens würde überdies, da man nicht immer in der Lage ist, einen Sachverständigen oder ein Collegium von höherer Autorität zu befragen, die Gefahr mit sich bringen, abermals abweichende Gutachten zu erhalten und darum leicht zu unverhältnißmäßiger Proceßverzögerung führen. — Wendet man sich hiernach

2. zu der besonderen Lage des vorliegenden Falles, so läßt sich nicht behaupten, daß das Gutachten von L. und B. in der Art und Weise seiner Motivirung zu einem besondern Bedenken Anlaß gäbe. Zwar haben sich die beiden Sachverständigen nicht auf die in Frage gestellte Accept-Unterschrift beschränkt, sondern sind zugleich auf eine Prüfung der Beschaffenheit des Wechsel-Contextes eingegangen und haben einige ihrer Meinung nach sich darin findende Spuren von Fälschung als bemerkenswerth hervorgehoben. Darin lag nicht nur eine Ueberschreitung ihrer Aufgabe, sondern es leuchtet auch ein, daß etwaige Fälschungen des Wechsel-Contextes in gar keinem nothwendigen Zusammenhange mit der Aechtheit oder Unächtheit der Acceptunterschrift stehen und hierfür keine Schlußfolgerung zulassen. Die Zuverlässigkeit des Gutachtens würde daher erheblich beeinträchtigt werden, wenn als gewiß oder auch nur als wahrscheinlich angenommen werden müßte, daß jene Beschaffenheit des Wechsel-Contextes ein Bestimmungsgrund für die Sachverständigen gewesen wäre, ohne welchen sie nicht zu dem Ausspruche über die Unächtheit der Accept-Unterschrift gelangt sein würden. Eine solche Annahme wird jedoch dadurch beseitigt, daß die beiden Sachverständigen schon unter V. und VI. ihres Gutachtens, nachdem sie bis dahin bloß die Schriftzüge der Accept-Unterschrift beurtheilt hatten, auf Grund dieser Untersuchung bestimmt und ausdrücklich erklärt haben, ihrer Ueberzeugung nach könne dieselbe nicht von derselben Person, wie die ächten Unterschriften herrühren. Es ist daher klar, daß sie schon, ganz abgesehen von der vermutheten Fälschung des Wechsel-Contextes, ihr Urtheil begründet fanden, und wenn sie am Schlusse des Gutachtens diese Fälschung als mitbestimmend für ihren Ausspruch erwähnen, so kann dies nur dahin aufgefaßt werden, daß ihnen dieselbe für ihre schon ohnehin gewonnene Ueberzeugung zu um so größerer Bestärkung gedient habe.

Im Uebrigen verbreitet sich das Gutachten zwar nicht in gleichem Grade, wie das D.'sche über alle Einzelnheiten der fraglichen Schriftzüge. Dies begründet aber keinen Tadel gegen dasselbe, da nicht gefordert werden kann, daß ein Gutachten den ganzen Gang der angestellten Prüfung wiedergebe, es vielmehr genügen muß, wenn nur die Puncte hervorgehoben werden, welche den Ausstellern für ihren schließlichen Ausspruch die entscheidenden gewesen sind. Das ist aber hier geschehen, indem die beiden Sachverständigen diejenigen Verschiedenheiten der fraglichen Unterschrift von den verglichenen ächten Handschriften, welche ihnen als wesentlich erschienen sind, einzeln bemerklich gemacht und sich daneben auch über den Gesammt-Eindruck der Schriftzüge im Vergleich zu den ächten ausgesprochen haben. Das Gutachten muß daher als ausreichend motivirt anerkannt werden.

Unter diesen Umständen kann die weitere Frage, ob die von D. für die Aechtheit der Accept-Unterschrift geltend gemachten Gründe die Ueberzeugungskraft des L.-B.'schen Gutachtens nicht zu schwächen geeignet seien, auf sich beruhen. Denn wollte man deßhalb auch ein neues Gutachten von drei anderen Sachverständigen einholen, so würde dies doch für den Kläger kein anderes Ergebniß, als das Zurückgehen auf den Diffessionseid der Beklagten herbeizuführen vermögen, weil ein Beweis durch Schriftvergleichung bei seiner anerkannten Trüglichkeit überhaupt nicht wohl volle juristische Gewißheit, sondern nur größere oder geringere Wahrscheinlichkeit begründen kann, hier also, selbst den günstigsten Ausfall des neuen Gutachtens vorausgesetzt, der Ausspruch der beiden Sachverständigen L. und B. immer ein solches Gegengewicht behalten würde, daß ein zur Zuerkennung des Erfüllungseides hinreichender Grad von Wahrscheinlichkeit doch nicht angenommen werden könnte. Der Reinigungseid aber, auf welchen der Kläger eventuell hinweist, fällt hier mit dem Diffessionseide vollständig zusammen.

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1858.

CX.

Friedrich Thomä dahier, Kläger
contra
Dr. jur. C. A. Tabor dahier, Beklagten.

Friedrich Thomä klagte als Cessionar des Polizeiofficianten Lack eine Forderung von fl. — ein, für die der Beklagte sich verbürgt habe. Beklagter wurde zur Zahlung verurtheilt vom

Stadtgerichte am 26. Januar 1857
Appellationsgerichte am 27. März 1857
Spruchcollegium zu Jena am 12. Januar 1858 (auf vom Beklagten beantragte Actenversendung.)

CXI.

Der Vormund der Julie Maria Eleonore Hintermeister aus Schwanendingen im Kanton Zürich, Implorant
contra
die Erben des verstorbenen Dr. C. Ph. H. dahier, Imploraten.

Für die minderjährige J. M. E. Hintermeister, die theils durch ihre Mutter, theils durch einen ordentlichen Vormund vertreten war, wurde durch Beschluß des Bezirksrath zu Zürich Dr. Maas zum außerordentlichen Vormunde zum Zweck der Proceßführung gegen die Familie des Dr. H. ernannt. Mit der Hauptklage auf Beseitigung eines abgeschlossenen Vergleichs stellte derselbe den Antrag, bis zur ausgemachten Sache die Beklagten zur Zahlung von Zinsen aus der Vergleichssumme zu verurtheilen. Die Beklagten widersprachen diesem Antrage und verlangten

Caution für die Proceßkosten. Das Stadtgericht legte am 11. Juni 1856 dem Kläger juratorische Caution für die Proceßkosten auf, den Kläger mit seinem Antrage auf Auszahlung der Zinsen ab- und zur Ruhe weisend. Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 15. September 1856 auf eine Kostencaution im Betrage von fl. 150. Auf Appellation des Klägers erkannte das Oberappellationsgericht am 23. Januar 1858, daß unter Compensation der Kosten zweiter Instanz und eines Sechstheils der Kosten dritter Instanz, sowie Verurtheilung des Klägers in die übrigen fünf Sechstheile der Kosten, von einer Cautionsleistung der implorantischen Parthei für die Kosten des durch den Antrag [12] der Stadtgerichts-Acten veranlaßten Incidentverfahrens nunmehr überhaupt abzusehen sei.

255. Statutencollision in Betreff der Vormundschaftsbestellung.

Die Erfordernisse und Wirkungen einer Vormundschaftsbestellung können im Allgemeinen nur nach den Gesetzen am Wohnorte des Mündels beurtheilt werden.

256. Proceßkostencaution. Incidentverfahren.

Die Beschwerde (wegen der auferlegten Proceßkostencaution) war für begründet zu achten und zwar schon deßhalb, weil nach der obigen Auseinandersetzung die vorliegende Imploration gar keine selbstständige Klage, sondern nur einen dem Hauptprocesse angehörigen Incident-Antrag bildet, für einen solchen aber keine eigene Caution wegen der Proceßkosten gefordert werden darf, vielmehr die in der Hauptsache zu leistende Caution sich von selbst mit auf jedes dazu gehörige Incidentverfahren erstreckt. Durch Auferlegung einer juratorischen Caution war daher vom Stadtgerichte schon zu günstig für die Imploraten erkannt. — —

Da übrigens durch die in der Hauptsache ergangene Entscheidung das in Frage stehende Incidentverfahren gänzlich beendigt ist, so mußte nunmehr der Antrag der Imploraten auf eine der Kosten dieses Verfahrens wegen zu bestellende Caution überhaupt für erledigt angesehen werden, da die Caution nur Sicherung wegen künftig aufzuwendender Kosten bezwecken kann.

CXII.

Eduard Wilke dahier, Kläger

contra

den Curator des Eduard Werner aus Geisenheim, Beklagten.

Der beklagte Curator hatte die Aechtheit eines vorgelegten Schuldscheins anzuerkennen oder denselben eidlich zu diffitiren. Auf seine Erklärung: „er könne sich nicht zum Diffessionseide nach eigenem Wissen erbieten; er werde eventuell nur schwören müssen, daß er die Unterschrift nicht kenne, daher nicht für ächt halten könne," erklärte das Stadtgericht am 18. Mai 1857 den Schuldschein für anerkannt. Auf Appellation des Beklagten erkannte das Appellationsgericht am 17. August 1857, daß jene Erklärung in dem vorliegenden Falle als ein nothdürftig genügendes Erbieten zum Eide über Nichtwissen und Nichtglauben nach Lage der Acten zu erachten sei und daß, da Kläger für den Fall des Diffessionseides sich bereits eventuell zum Aechtheitsbeweise erboten habe, der Kläger zu beweisen habe, daß die Unterschrift auf der Schuldurkunde von dem Curanden des Beklagten herrühre. Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Klägers unter Verurtheilung desselben in die Kosten vom Oberappellationsgerichte am 23. Januar 1858 bestätigt.

257. Diffessionseid. Schwurpflicht des Curators eines Geistesschwachen. Erbieten zum Aechtheitsbeweis. Zurückkommen auf den Diffessionseid.

Der Kläger verlangt, daß das Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 17. August 1857 — — aufgehoben und das Urtheil des Stadtgerichts vom 18. Mai desselben Jahres — — hergestellt werde. Diesem Verlangen konnte jedoch nicht entsprochen werden. Zwar ist es richtig, wenn der Kläger ausführt, daß die von dem beklagten Curator in erster Instanz für sein Verlangen, daß das ihm angedrohte Präjudiz, die in Rede stehende Unterschrift

anzuerkennen oder eidlich abzuleugnen, zurückgenommen werde, angeführten Gründe unhaltbar sind. Ein Curator hat binnen Jahresfrist der Regel nach hinlängliche Zeit, sich über die Schriftzüge seines Curanden die erforderliche Kunde zu verschaffen. Auch ist der Umstand, daß der Curande in einer Irrenanstalt sich befindet, für sich allein, da die Grade des Irrsinns sehr mannigfach sind, noch keineswegs ausreichend, um zu der bestimmten Annahme zu führen, es habe dem Curator die Möglichkeit gefehlt, bei seinem Curanden Erkundigungen einzuziehen. Es war daher kein materieller Grund vorhanden, das dem beklagtischen Curator am 13. Februar 1857 angedrohte Präjudiz zurückzuziehen, ihn mit einer Erklärung über die gedachte Urkunde zu verschonen und seinem Gegner den Beweis aufzuerlegen, die Urkunde rühre von dem Curanden des Beklagten her. Ein solches Verfahren würde vielmehr nur dann gerechtfertigt gewesen sein, wenn der Beklagte nachgewiesen hätte, es sei ihm unmöglich gewesen, von der Handschrift seines Curanden irgend welche Kunde zu erlangen, — ein Nachweis, welcher nicht einmal versucht worden ist. War demnach das von dem Curator gestellte Verlangen zu verwerfen, so mußte nunmehr die eventuelle Erklärung des beklagten Curators einer richterlichen Prüfung unterzogen werden. Sie geht in Verbindung mit dem Vorstehenden dahin, er stelle die Aechtheit der Unterschrift in Abrede und würde eventuell nur schwören müssen, daß er dieselbe nicht kenne und daher nicht für ächt halten könne. — Das Stadtgericht hat eine solche Erklärung als unzureichend und ungesetzlich charakterisirt und es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß ein deutliches Erbieten zur Ableistung des Diffessionseides darin ebensowenig enthalten ist, wie das deutliche Erbieten zur Ableistung in derjenigen Form, in welcher ein Curator denselben schwören muß, nämlich als Glaubenseid.

Fr. S. Aron c. Dietz 1852 (Bd. I. Nr. 166)

Erwägt man indessen, daß in dem „müssen" zugleich liegen kann, man wolle sich diesem „müssen" unterwerfen, mithin man erbiete sich zur Ableistung des Eides und ebenso, daß der Richter verpflichtet ist, einer von der Parthei beantragten unrichtigen Eidesform die richtige zu substituiren, und darin, daß eine Parthei sich

hierin vergriffen hat, ein Ungehorsam noch nicht gefunden werden kann, so hätte dem Beklagten zunächst die Ableistung des Diffessionseides in der richtigen Form auferlegt werden müssen. Es fragt sich daher ferner, ob das Erbieten des Klägers in der Replikenschrift, den Diffessionseid durch Aechtheitsbeweis abwenden zu wollen, auch auf den Fall zu beziehen sei, wenn jener in der richtigen Form zuerkannt sein würde. Den Worten nach bezieht sich das Erbieten nicht auf die richtige, sondern auf die von dem beklagten Curator verlangte Form des Eides. Es war jedoch dessen ungeachtet das Erbieten auch für den ersten Fall als geschehen anzunehmen. Der Kläger hat nämlich in der Rechtfertigung seiner Beschwerde in jetziger Instanz nur ausgeführt, die Ansicht des Stadtgerichts sei richtig und dessen Erkenntniß wieder herzustellen, mit keinem Worte aber, ungeachtet des Umstandes, daß das Appellationsgericht ausgesprochen hatte, Kläger habe für den Fall eines aufzuerlegenden Glaubenseides sich zum Aechtheitsbeweis erboten, eventuell hervorgehoben, daß er zunächst die Auflegung des Diffessionseides in der richtigen Form verlange und seine weitere Erklärung sich je nach dem Verhalten seines Gegners vorbehalte. Wollte man nun auch das Letztere als ein minus in der aufgestellten Beschwerde finden, so mußte doch der Umstand zu einer Bestätigung des vorigen Urtheils führen, daß dem Kläger durch solches in seinen Befugnissen nichts aberkannt ist. Es steht nämlich, im Falle eines stattgehabten Erbietens zum Aechtheitsbeweise der Unterschrift auf einer Urkunde, Zwecks Abwendung des Diffessionseides, dem Beweisführer selbst nach mißlungenem Beweise immer noch frei, auf den Diffessionseid seines Gegners zurückzukommen.

Ortloff jurist. Abhandl. Jena 1847 Bd. I. p. 74. 75.

Sollte daher der Kläger nicht geneigt sein, den ihm vom Appellationsgerichte auferlegten Beweis zu führen, so bleibt es ihm unbenommen, von seinem Gegner die Eidesleistung in der Form eines Glaubenseides annoch zu verlangen und für dessen Formulirung die in seiner Appellationsschrift jetziger Instanz vorgebrachten Gründe bei dem Stadtgerichte geltend zu machen.

CXIII.

W. R. dahier, Implorant
ad causam
des Dr. Brotbeck zu Eßlingen
contra
W. R. dahier, Beklagten.

Es handelt sich um Vollzug eines von den Königlich Württembergischen Gerichten erlassenen, rechtskräftig gewordenen Erkenntnisses. Das Stadtgericht erkannte am 5. Nov. 1856:

1. Es soll die Execution gegen Handelsmann W. R. verfügt werden, insofern vordersamst eine die Königlich Württemberg'schen Gerichte bindende Zusicherung der Reciprocität anher ertheilt sein wird.

2. Dieser Beschluß ist dem Handelsmann W. R., sowie dem Königlich Württemberg'schen Stadtgerichte der Residenzstadt Stuttgart in Beantwortung des Ersuchsschreibens vom 30. September 1856 mitzutheilen und zwar dem letzteren unter Anfügung einer Abschrift des Schreibens des Königlich Württemberg'schen Oberamtsgerichts Weinsberg vom 16. März 1846 aus den Stadtamtsacten Henrich c. Fecht.*)

Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Imploranten von dem Appellationsgerichte am 17. December 1856 mit der Erläuterung bestätigt, daß die von dem Stadtgerichte geforderte Reciprocität durch ein von Seiten der höchsten Königlich Württemberg'schen Staatsbehörde abzugebende und für bindend und ausreichend erachtet werdende Erklärung zu ertheilen sei. Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Imploranten vom Oberappellationsgerichte am 30. Januar 1858 bestätigt.

*) Es war von dem Oberamtsgericht Weinsberg der Vollzug diesseitiger Erkenntnisse aus dem Grunde verweigert worden, weil zwischen dem Königreich Württemberg und der Stadt Frankfurt ein Jurisdictionsvertrag nicht bestehe.

258. Verhältniß des requirirenden zum requirirten Gerichte. Forum delicti commissi.

Zwar ist bei wirklich vorhandener Incompetenz desjenigen auswärtigen Gerichts, von welchem zu Vollstreckung eines daselbst gegen Angehörige des requirirten Gerichts ergangenen Urtheils die Rechtshülfe erbeten wurde, Recht und Pflicht zu deren Versagung auf Seiten der letzteren Behörde unzweifelhaft und ebensowenig unterliegt dies einem Anstande, daß die Frage, ob das requirirende Gericht für competent oder incompetent zu erachten sei, zu freier Cognition des requirirten Gerichts und zwar auf Grund der für dasselbe geltenden Gesetzen und sonstigen Rechtsnormen stehe.

Fr. S. Neumann c. Weikersheimer (Bd. II. Nr. 207.)

In Betreff der Frage jedoch, ob bezüglich der mittelst sogenannter Betrugsklage gegen Appellanten von Dr. Brotbeck erhobenen und bei dem Stuttgarter Stadtgerichte verfolgten Rechtsansprüche letzteres mit Recht als forum delicti commissi für competent sowohl sich selbst erklärt habe, als in höherer Instanz auf deßfalsige Berufung und resp. Nichtigkeitsbeschwerde des Appellanten anerkannt worden sei, stehen

a. alle die Bedenken, welche Letzterer dagegen erhoben hat, daß überhaupt in demjenigen, was er seinerseits gethan zu haben in der von ihm gegebenen (durch die Entscheidungsgründe zu dem die Grundlage der Requisition bildenden Erkenntnisse des Königlich Württemberg'schen Obertribunals in einzelnen Puncten bestätigten) Darstellung des Sachverhalts geständig ist, das Delict des Betrugs gefunden und Stuttgart zugleich als der Ort erachtet worden sei, wo solches zur Vollendung gekommen, mit den Materialien der hier zur gerichtlichen Contestation gelangten concreten Rechtsverhältnisse zwischen Dr. Brotbeck und dessen Cedenten Geisel und Rettler, zwischen Letzteren und ihrem früheren Associe Schneider, zwischen diesem endlich und Appellanten in viel zu engem Zusammenhange, als daß es von dem in obiger Rechtssache S. Neumann Seitens des Oberappellationsgerichts anerkannten Principe aus, daß der requirirte Richter die innere Legalität des zur Vollstreckung bestimmten auswärtigen Urtheils nicht zu prüfen habe, sowie bei mangelnder Vorlage der

vollständigen, in der Sache verhandelten Acten und bei Einseitigkeit der über das Rechtsverhältniß vom Appellanten gegebenen Darstellung zu mißbilligen wäre, wenn die vorderen Richter jene beiden obigen Fragen als außerhalb des Bereichs der ihnen obliegenden Prüfung behandelt haben. Es kann vielmehr

b. nur dies in Frage kommen, ob auch nach Frankfurter Recht es gerechtfertigt erscheine, daß die Königlich Württemberg'schen Gerichte das **forum delicti commissi** auch bei bürgerlichen Klagen aus unerlaubten, wenn schon nicht strafbaren Handlungen anwendbar erachtet und die persönliche Anwesenheit des Beklagten innerhalb des Sprengels des betreffenden Gerichts zur Zeit der Klagerhebung und Mittheilung für ein unerläßliches Requisit des gedachten Gerichtsstandes nicht erklärt haben. In dieser doppelten Beziehung aber war, vom Standpuncte des gemeinen Rechts aus, welches in Ermanglung deßfallsiger besonderer Particular-Bestimmungen auch für Frankfurt, gleichwie für Württemberg allein in Betracht kommt, auf Grund der ganz generellen Vorschriften der Nov. 69 c. 1, sowie bezüglich des letzteren Requisits in Anschluß an die bereits früher in

Fr. S. Fresenius c. Herff (Bd. IV. Nr. 281.)

ausgesprochenen Grundsätze durchaus den vorderen Richtern beizutreten und diesem Allem nach eine Incompetenz der Königlich Württemberg'schen Gerichte nicht als so klar vorliegend anzuerkennen, daß auf Versagung der von denselben in rechtsbehöriger Weise nachgesuchten Rechtshülfe dem Appellanten ein wohlbegründeter Anspruch zur Seite stände.

259. Requisitionen. Reciprocität.

Wenn aber Appellant zur Justification seiner Beschwerde und Anträge auch noch darauf sich gestützt hat, daß einerseits die von den vorderen Richtern für die Zukunft verlangte und zur Bedingung der hier in Aussicht gestellten Rechtshülfe gemachte allgemeine Reciprocitäts-Zusage abseiten der Königlich Württemberg'schen Behörde nach Inhalt der dort geltenden gesetzlichen Bestimmungen und befolgten Grundsätze gar nicht zu erwarten stehe, auch das dermalen zu Frankfurt hinsichtlich der Vollstreckbarkeit auswärtiger

Urtheile bestehende Recht weder überhaupt, noch vollends mit gleichsam rückwirkender Kraft zum Präjudize des Appellanten für den vorliegenden Fall zu ändern vermöchte, daß andererseits jedenfalls via retorsionis die Vollstreckung deßhalb zu verweigern stehe, weil die Königlich Württemberg'schen Gerichte in mehreren Fällen, welche Appellant theils schon in den Verhandlungen, theils in dem nach erfolgtem Actenschlusse eingereichten, formell unbedenklich statthaften Nachtrage zum Libell namhaft gemacht hat, die Seitens der Frankfurter Gerichte erbetene Execution diesseitiger Urtheile versagt hätten, so bedarf es keines näheren Eingehens auf alle diese Puncte und die deßfallsigen Argumentationen des appellantischen Sachführers. Denn ganz abgesehen davon, daß die bloß bedingte Zusage der Execution, wenn wirklich die deßfallsige Bedingung unerfüllbar wäre, für Appellanten beschwerend überall nicht sein könnte und daß der dermalen in Bezug auf Vollstreckbarkeit auswärtiger Urtheile zu Frankfurt bestehende Rechtszustand, wie der aus anderen Frankfurter Acten dem Oberappellationsgerichte bekannte Rathschluß vom 12. Oct. 1816 ergibt, keineswegs auf dem Principe der Nichtbeachtung derartiger Requisitionen beruht, kann auch, von wie unzweifelhafter Rechtszulässigkeit immer Retorsions-Maßregeln unter Umständen sein mögen, weder auf deren Anwendung dem betheiligten Staatsangehörigen ein das Ermessen der Behörden beschränkender Rechtsanspruch zugestanden, noch dem Oberappellationsgerichte nach dessen ganzer Stellung und Bestimmung in Bezug auf jene mehr dem Gebiete der Justiz-Administration, als der eigentlichen Judicatur anheimfallende und wesentlich von Zweckmäßigkeits-Rücksichten abhängige Maßregel eine mittelst wirklicher Rechtssprüche zu übende, für die betreffenden Localbehörden schlechthin maßgebende und mit dem Gewichte wahrer Rechtskraft verbundene Cognitionsbefugniß beigelegt werden.

CXIV.

Der Curator der Carl Philipp Scheidel'schen Nachlaßdebitmasse dahier, Kläger u. Widerbeklagter

contra

Oberhofgerichtsrath Dr. Zentner in Mannheim, Beklagten u. Widerkläger.

Zufolge des in diesem Bande sub. Nr. LXXI. mitgetheilten Urtheils hatte Kläger zu beweisen, daß die Handlung Mack-Wiegel und Keutzer dem Scheidel die Zinsen aus einem Kapitale von fl. 510 erlassen habe. Auf geführte Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 5. November 1856 auf den Erfüllungseid des Klägers, das Appellationsgericht am 17. December 1856 auf den zugeschobenen Schiedseid des Beklagten. Dieses Urtheil wurde vom Oberappellationsgerichte am 30. Januar 1858 bestätigt.

260. Juristischer, factischer Verzicht auf Zinsen.

Die Aeußerung des Zeugen, man habe eingesehen, daß Scheibel ein armer Teufel gewesen sei, an dem man sich nicht erholen könne, und man habe deßhalb auf die Verzinsung der in Rede stehenden Forderung verzichtet, ist jedenfalls einer doppelten Auslegung fähig. Der erwähnte Verzicht kann eine juristische Handlung, aber auch ein bloßes factisches Verhalten, eine Nichtgeltendmachung zuständiger Ansprüche, ohne sich juristisch derselben zu entäußern, bezeichnen. Die letztere Auffassung wird im vorliegenden Falle dadurch um so wahrscheinlicher, als das angegebene Motiv des Verzichts nicht in das Vorhandensein freigebiger Gesinnung, sondern darin gesetzt wird, daß von Scheidel doch nichts zu erhalten gewesen sei.

CXV.

Gebrüder Wex zu Barmen, Kläger
contra
M. St. Goar dahier, Beklagten.

Das Stadtgericht hatte der beklagten Handlung einen Einrede-Beweis dahin auferlegt:

1. daß die fraglichen (von dem Kläger nach New-York gesandten und eingeklagten) Waaren alsbald nach deren Ankunft zu New-York von dem Beklagten untersucht und sodann von deren angeblich mangelhafter Beschaffenheit die Kläger alsbald in Kenntniß gesetzt worden seien;

2. daß die Waaren mangelhaft gewesen und einen Minderwerth gehabt haben.

Der Beklagte hat diese Beweise angetreten:

a. (unter Angabe der Ankunftstage der Waaren zu New-York) durch Antrag auf Einholung eines Gutachtens Sachverständiger über die Rechtzeitigkeit der erhobenen Reclamation;

b. durch Urkunden, nämlich zunächst durch Antrag auf Vorlage der die Reclamationen enthaltenden Correspondenz und dann durch Affidavits mehrerer Personen zu New-York über die Mängel der Waaren;

c. durch Benennung der Aussteller der Affidavits als Zeugen und

d. eventuell durch Eideszuschiebung.

Das Stadtgericht und das Appellationsgericht verwarfen die Beweisantretung bis auf die Eideszuschiebung, während das Oberappellationsgericht unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz am 20. Februar 1858 dahin erkannte, daß Beklagter mit dem durch Sachverständige angetretenen Beweise, mit den aus den Voracten in Bezug genommenen Briefen, sowie den ferner producirten Urkunden unter Vorbehalt der gegen die Beweiskraft der letzteren gemachten Einwendungen, nicht min-

der mit dem angebotenen Zeugenbeweise, unter Vorbehalt der Einreden gegen die Personen und Aussagen der Zeugen zuzulassen und sowohl wegen weiterer Instruirung des Sachverständigenbeweises, als wegen Vernehmung des denominirten Zeugen, nach Maßgabe des Antrags der Beweisantretung, vom Stadtgerichte das Erforderliche zu verfügen sei.

261. Beweis rechtzeitiger Reclamation wegen Mängel der erkauften Sache durch Sachverständige.

Der Beklagte hat wegen der Rechtzeitigkeit der von ihm über die angeblichen Mängel der gekauften Waaren (am 7. und 16. März und am 2. April 1854) erhobenen Reclamationen die Einholung eines Gutachtens Sachverständiger beantragt. Obwohl nun mit den beiden vorigen Instanzen davon auszugehen war, daß der Beklagte für jede einzelne der vier von den Klägern successiv gelieferten Waarensendungen die Rechtzeitigkeit der Reclamation nachzuweisen habe, so konnte doch keine der gegen den Antrag erhobenen Einwendungen für begründet erachtet werden. Es sind folgende:

1. Es fehle für ein Gutachten Sachverständiger die nöthige thatsächliche Grundlage, weil über die Ankunft der Waaren in New-York zwar eine specielle Angabe gemacht, aber kein Beweis angetreten worden sei. Abgesehen davon, daß auf die beantragte Begutachtung immer eingegangen werden mußte, wenn der Beklagte auch nur den Vortheil damit erreichte, lediglich die Ankunfts-Zeit in New-York zum Gegenstande des deferirten Eides gemacht zu sehen, würde diesem Einwande schon darum nicht beizupflichten sein, weil auf die Abgangszeit der Waaren von Barmen, wie sie sich aus den von den Klägern beigebrachten Facturen ergibt, zurückgegangen werden kann und, da die Zwischenzeit bis zu der behaupteten Ankunft in New-York bei allen vier Sendungen wesentlich übereinstimmt und sich nach den ziemlich bekannten Transportverhältnissen auf der Linie über Havre nach New-York als eine angemessene darstellt, hierdurch für die Richtigkeit der behaupteten Ankunftstage eine Wahrscheinlichkeit geliefert wird, welche die Zuerkennung eines richterlichen Eides möglich macht. Es kommt

aber zur Zeit auf diese Eventualität nicht einmal an, da die Annahme, es fehle an einer Beweisantretung über die Ankunftstage in New-York, sich als unrichtig darstellt. — — —

2. Die Rechtzeitigkeit der erfolgten Reclamationen sei nicht ein Gegenstand der sachverständigen, sondern der richterlichen Beurtheilung. Diese Behauptung ist an sich völlig richtig; allein sehr wohl kann durch ein Gutachten Sachkundiger ermittelt werden, wie viel Zeit regelmäßig durch die Zollabfertigung in New-York bis zur Auslieferung der Waaren an den Destinatär, wie viel durch die Untersuchung der Waaren und wie viel durch die Meldung des Befundes von New-York nach Frankfurt in Anspruch genommen wird. Gerade die Constatirung dieser factischen Grundlagen der künftigen richterlichen Beurtheilung ist aber unverkennbar der eigentliche Zweck des beantragten Gutachtens.

3. Durch die Sachverständigen könne immer nicht ermittelt werden, wie es sich mit jenem mehrfachen Zeitaufwande gerade im vorliegenden Falle verhalten habe. Bestätigen jedoch die Sachverständigen, daß durch die Zollabfertigung und Nachrichtgebung gewöhnlich so viel Zeit in Anspruch genommen werde, als nöthig sein würde, um den Vorwurf der Verzögerung von dem Beklagten abzuwenden, so würde damit eine so erhebliche Präsumtion für den vorliegenden Fall geliefert sein, daß es sich nur fragen könnte, ob dieselbe allein genüge oder etwa noch ein richterlicher Eid hinzukommen müßte.

4. — — — Von Versäumniß einer Reclamation kann nicht die Rede sein, so lange die Möglichkeit einer Untersuchung der Waaren nicht gegeben ist: es versteht sich (daher) ganz von selbst, daß unter „Ankunft der Waaren in New-York" (im rechtskräftigen Beweisinterlocute) nicht der Moment des Eintreffens der Schiffe, sondern nur der Moment verstanden werden kann, wo der Destinatär in die Lage kam, die Waare untersuchen zu können. — — —

5. Aus den eigenen Angaben des Beklagten erhelle die Unrichtigkeit der Behauptung, daß die Zollabfertigung in New-York stets einen Aufschub von drei Wochen und mehr herbeiführe, da bei den

drei letzten Sendungen die Reclamation schneller erfolgt sein solle, als unter Voraussetzung eines solchen Aufschubes möglich gewesen wäre. Dieser Einwand würde auf keinen Fall einen Grund abgeben, um rücksichtlich der letzten drei Sendungen die Beweisantretung durch Sachverständige zu verwerfen, vielmehr würde sich bei ihnen, da die Zwischenzeit von der behaupteten Ankunft in New-York bis zu der von Frankfurt aus erhobenen Reclamation nicht mehr als 24, 26 und resp. 29 Tage beträgt, in Betracht der (in folgender Nr. 262) zu erwähnenden Bedeutung einer „alsbaldigen" Reclamation nur fragen können, ob es eines solchen Beweises überall noch bedurft hätte. Aber auch rücksichtlich der ersten Sendung, wo jene Zwischenzeit 45 Tage beträgt, läßt sich die Reclamation noch keineswegs als verspätet ansehen. Nicht nur ist es sehr wohl denkbar, daß durch die Sachverständigen ein Aufschub von drei Wochen durch die Zollabfertigung als der regelmäßige bestätigt und die Auslieferung der drei anderen Sendungen für eine ungewöhnlich rasch erfolgte erklärt werden wird, sondern wenn auch die Sachverständigen den regelmäßigen Aufschub geringer anschlagen sollten, so ist doch der Zwischenraum von 45 Tagen kein so großer, daß ohne Weiteres auf eine Verzögerung der Reclamation geschlossen werden müßte.

262. Reclamation wegen Beschaffenheit der zugesandten Waare. Begriff der alsbaldigen Anzeige.

Der handelsrechtliche Satz, daß der Käufer eine Reclamation wegen der Beschaffenheit der zugesendeten Waare bei Verlust seiner Ansprüche alsbald zu erheben habe, kann nicht dahin verstanden werden, daß der Empfänger nothwendig mit der ersten Gelegenheit schreiben müsse; er hat vielmehr nur die Bedeutung, daß der Käufer nicht eine Zeit hingehen lassen dürfe, welche bei geordnetem Geschäftsbetriebe als unmotivirter Verzug von seiner Seite erscheinen und den Verkäufer theils durch die Erwartung, daß die Waare angekommen sei, täuschen, theils in seinen auf Anlaß der Reclamation etwa zu ergreifenden Maßregeln benachtheiligen würde. Welche Frist hierfür anzunehmen sei, kann in Ermanglung einer positiven Bestimmung nur durch richterliches Ermessen unter

Erwägung der concreten Umstände entschieden werden, wie dies vom Oberappellationsgerichte schon früher in

Fr. S. Amschel c. Herzfeld 1850 (Bd. 2 Nr. 128 p. 317 ss.)

ausgesprochen worden ist. Derselben Ansicht hat aber auch das Beweisinterlocut in vorliegender Sache ausdrücklich beigepflichtet, und es unterliegt daher keinem Zweifel, daß der im Beweissatz gebrauchte Ausdruck „alsbald" eben nur ein solches modicum tempus bezeichnen sollte. Erwägt man nun, daß bei Versendungen nach New-York der Zeitpunct, bis zu welchem der Absender die Anzeige vom Empfange und Befunde erwarten kann, sich nur nach Monaten und Wochen, aber nicht nach Tagen berechnen läßt, und daß Waaren der vorliegenden Art einerseits weder Verderb, noch besonders rasch wechselnde Conjuncturen befürchten lassen, andererseits zur gehörigen Untersuchung einige Zeit erfordern, so würde eine Frist von etwa 14 Tagen zur Untersuchung und Absendung der Befund-Anzeige von New-York in keiner Weise zu lang erscheinen. Daneben würde dem Beklagten auch noch eine weitere Frist von einigen Tagen zur Mittheilung der Reclamationen von Frankfurt aus an die Kläger zu gute gerechnet werden müssen. Gründe, weßhalb bei dem vorliegenden Handel besondere Eile nöthig gewesen wäre, sind von den Klägern nicht zur Sprache gebracht worden und in ihrer unter dem 13. März 1854 ertheilten umständlichen Antwort auf die Reclamation haben sie nicht einmal ein Wort von Verspätung der Anzeige erwähnt. Sonach würde der Nachweis, daß die Zollabfertigung in New-York und der Lauf eines Briefes von da nach Frankfurt zusammen etwa 4 Wochen erforderten, jedenfalls genügend, um den Vorwurf der Verspätung von dem Beklagten abzuwenden.

263. Beweiskraft der außergerichtlich erhobenen schriftlichen Versicherungen dritter Personen.

Es haben freilich außergerichtliche und einseitig von einer Parthei erwirkte Vernehmungen oder schriftliche Versicherungen dritter Personen, seien sie auch eidlich bekräftigt, gar keine Beweiskraft, so lange die ordnungsmäßige Abhörung dieser Personen als

Zeugen noch geschehen kann. Dennoch mußte es vorgezogen werden, die Zulassung jener Urkunden mit Vorbehalt der Einreden wider ihre Beweiskraft auszusprechen, da die Vernehmung einzelner unter den fraglichen Personen inzwischen unmöglich geworden sein konnte, welchenfalls aus den vorliegenden schriftlichen Depositionen derselben wenigstens unterstützende Indicien zu entnehmen sein würden.

264. Sachverständige Zeugen.

In Betreff des Hauptgegenstandes, der Beschaffenheit der Waaren, ist der Zeugenbeweis in beiden vorigen Instanzen deßhalb verworfen worden, weil die Mangelhaftigkeit der Waaren nach Maß und Qualität und der sich daraus ergebende Minderwerth nicht Gegenstand einfacher, sinnlicher Wahrnehmung, sondern sachverständiger Untersuchung und Beurtheilung sei. Allein die Aussage über das Längen- und Breitenmaß betrifft jedenfalls nur einen Gegenstand einfacher, sinnlicher Wahrnehmung und auch rücksichtlich der Qualität und des Minderwerths handelt es sich nicht um die Abgabe eines reinen Gutachtens, sondern um die Wahrnehmung einer Thatsache, deren gehörige und zuverlässige Auffassung zugleich durch eine gewisse Sachkunde bedingt ist, und in solchem Falle ist die Vernehmung von Personen, welche die Eigenschaft von Zeugen und Sachverständigen in sich vereinigen, sachverständiger Zeugen, in der Form des gewöhnlichen Zeugenbeweises unbedenklich für zulässig zu halten, wie das Appellationsgericht schon wiederholt erkannt hat.

Fr. S. Kahl c. uxorem 1844

Ebner c. Heygen 1852 (Bd. I. Nr. 97.)

Die über das Berufsgeschäft der hier denominirten Personen gemachte Angabe, welche durch die beigebrachten Urkunden eine vorläufige Bestätigung erhalten hat, begründet aber die Vermuthung, daß dieselben die erforderliche Sachkunde besitzen werden, und der Inhalt der künftigen Vernehmung wird darüber noch bestimmtere Aufklärung zu liefern im Stande sein.

265. Comptoirbediente als Zeuge.

Der Commis Leopold S. ist von den Klägern selbst nicht als unzulässiger, sondern nur als verdächtiger Zeuge angefochten worden und sein Dienstverhältniß zu M. Maas ist auch, selbst wenn Letzterer ein Gesellschafter der beklagtischen Handlung sein sollte, kein Verwerfungsgrund, da eine eigene Verantwortlichkeit des Zeugen nicht in Frage steht und abgesehen hiervon Comptoirbediente, auch während der Dauer ihres Dienstes keineswegs unfähige Zeugen sind.

Fr. S. Ansell c. Womersley u. Burt 1850 (Bd. II. Nr. 178 p. 424.)
Goldschmidt c. Frege 1853
van der Laat c. Weißer 1857.

Ob S. überhaupt und in welchem Grade für verdächtig zu halten sei, hängt namentlich davon ab, ob er sich noch im Dienste von Maas befinde und welche Stellung letzterer zu dem Beklagten habe, und kann daher erst später entschieden werden.

266. Der Käufer einer beschädigten Waare als Zeuge.

Auch die übrigen Zeugen, welche einen Theil der fraglichen Waaren von M. Maas gekauft haben oder im Dienste eines Käufers derselben gewesen sein sollen, mußten unbedenklich zugelassen werden. Am Ausgange des jetzigen Rechtsstreites sind sie ersichtlich in keiner Weise betheiligt, da ihr Rechtsverhältniß zu M. Maas unberührt bleibt, mag der Beklagte (und etwa auch mit ihm M. Maas) die verlangte Preisminderung den Klägern gegenüber durchsetzen oder nicht. Sollte es die Absicht sein, diese Zeugen mit über die Ankunft der Waaren in New-York und über deren sofortige Untersuchung abhören zu lassen, so sind die Zeugen in Betreff dieser Puncte jedenfalls ohne alles eigene Interesse. Nur rücksichtlich der Aussage über die Beschaffenheit der Waaren entsteht allerdings bei den meisten von ihnen — — das Bedenken, daß sie als Käufer der Waaren bereits ihrem Verkäufer Maas gegenüber in eigenem Interesse die Mängel, worüber sie aussagen sollen, gerügt und einige von ihnen den Empfang abgelehnt oder

Preisminderung verlangt haben sollen. Sie würden daher durch eine den Klägern günstige Aussage mit sich selbst in Widerspruch treten. Allein von einem für unzulässig machenden eigenen Interesse könnte doch nur dann die Rede sein, wenn die zu erstattende Zeugenaussage auf ihr Rechtsverhältniß zu Maas eine Rückwirkung zu äußern vermöchte und dies läßt sich in keiner Weise annehmen. Selbst wenn sie sich mit Maas noch nicht durch bewilligten Abzug oder durch Ablehnung der Waare definitiv auseinander gesetzt haben sollten, — wie dies z. B. von Keene und Pennimann in ihren Affidavits angegeben wird, — so läßt sich doch nicht sagen, daß eine den Klägern günstige Aussage ihnen rechtlich dem Maas gegenüber präjudiciren könnte. Der hervorgehobene Umstand kann daher nur als ein Verdachtsgrund angesehen werden, dessen Gewicht sich erst nach erfolgter Vernehmung beurtheilen lassen wird.

267. Zulässigkeit des Zeugen, der bereits außergerichtlich sich hat vernehmen lassen.

Der Umstand, daß die denominirten Personen sich bereits notariell über die Sache haben vernehmen lassen oder Affidavits darüber ausgestellt haben, steht der beantragten Abhörung nicht entgegen, da eine abermalige Vernehmung abgehörter Zeugen, selbst nach Eröffnung ihrer Aussagen völlig statthaft ist, wenn die erste Deposition ohne Beobachtung der gerichtlichen Förmlichkeiten vorgenommen wurde.

Fr. S. Ansell c. Womersley u. Burt (Bd. II. Nr. 178 p. 425.)

CXVI.

Adam Kurzrock dahier, Kläger
contra
die Gemeinde Bornheim, Beklagte.

Der Kläger hatte zu beweisen, daß der streitige Weg innerhalb der Grenzen seines in Rede stehenden, in der Bornheimer Gemarkung an der Chaussee nach der Friedberger Warte belegenen

Grundstücks sich befinde. Auf geführte Beweisverhandlungen wies das Stadtgericht am 8. August 1855 den Kläger mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe und verurtheilte ihn in die Proceßkosten. Auf Appellation des Klägers und nachdem dieser in Folge der Beweisaufnahme seinen Anspruch nur noch auf eine Parcelle des in Anspruch genommenen Weges im Flächengehalt von 7 Ruthen 24 Schuh beschränkt hatte, bestätigte das Appellationsgericht am 3. September 1856 das Urtheil erster Instanz, während das Oberappellationsgericht am 25. März 1858 unter Compensation von $1/_{10}$ und Verurtheilung des Klägers in $9/_{10}$ der Kosten aller drei Instanzen (in Folge eines Zugeständnisses der Beklagten) dahin in dem Nebenpuncte abändernd erkannte, daß der beklagten Gemeinde ein Recht auf den libellirten Weg, soweit er in seinem dermaligen fraglichen Bestande die lagerbuchmäßige, in [56] der Stadtgerichts-Acten mit d. c. f. i. bezeichnete Grenze des klägerischen Grundstücks Ch. 9 Sect. II. Nr. 69[b] überschreitet, nicht zustehe und sie sich insoweit der Benutzung desselben zu enthalten, dem Kläger auch den durch die seitherige Grenzüberschreitung veranlaßten Schaden, dessen Liquidation vorbehältlich, zu ersetzen habe.

268. Geständniß. Verlangen eines Urtheils.

Kläger braucht sich mit dem bloßen, in den Acten liegenden Geständnisse nicht zu begnügen. Es mußte vielmehr seinem Verlangen, daß sein Recht durch ein förmliches, auf Grund dieses Geständnisses zu erlassendes Urtheil anerkannt werde, entsprochen werden.

269. Beweiskraft der in Betreff der Bannvermessung angelegten neuen Karten und Lagerbücher. Setzung neuer Steine. Verjährung von 10 Jahren.

Von entscheidender Bedeutung zu Gunsten der Beklagten (wegen der weiter vom Kläger in Anspruch genommenen Parcelle des Wegs) ist die Bannvermessung und der Inhalt der in Folge derselben angelegten neuen Karten und Lagerbücher.

Die Bannvermessung beruht auf einer (in den betreffenden Landamts-Acten abschriftlich enthaltenen) Verordnung des Fürsten

Primas vom 26. März 1809 und hat durch einen vom Staate dazu angenommenen Geometer unter specieller Aufsicht der Staatsregierung stattgefunden. Der in der Einleitung dieser Verordnung ausgesprochene Zweck war: Beseitigung der unbrauchbar gewordenen alten, und Gewinnung ordentlicher und richtiger neuer Lagerbücher und Flurkarten. Dem mit der Vermessung ꝛc. beauftragten Geometer war in § 3 Abs. 2 die Zuziehung der Interessenten bei Feststellung und Aussteinung sowohl der Wege als der Grenzen der Privatgrundstücke zur Pflicht gemacht, es war für den Fall, daß Scheidungspuncte bestritten werden sollten, ihm insbesondere vorgeschrieben, daß er die Steinsetzung bis zur gütlichen Vergleichung oder richterlichen Entscheidung aussetze. Das Lagerbuch aber sollte nach § 5 in fine, § 6 nebst den dazu gehörigen Karten erst nach der Vermessung der Gemarkung, die ihrerseits wieder (nach § 5) durch jene vorgängige Regulirung der Grenzsteine bedingt erschien, angefertigt werden. Die Vermessung ist, ausweislich der Bescheinigung des mit diesem Geschäfte beauftragten Geometers Bleibtreu und des Bornheimer Feldgerichts vom 24. September 1820 im August 1819 vollendet worden und deren Resultate sind in den dort näher bezeichneten Karten, den neuen Flur- und Lagerbücher und einem Ab- und Zuschreibbuche niedergelegt. Daß in diesen Karten und Büchern das betreffende klägerische Grundstück nicht mehr mit der Grenze l. m. n., sondern mit der Grenze i. f. e. d. des Risses [56] verzeichnet ist, ergibt sich aus dem Berichte der Sachverständigen in [56] sub. III., wird durch [9] und [88] bestätigt und ist in der That vom Kläger gar nicht in Abrede gestellt.

Muß nun aber bei der für die Legalität jener amtlichen Proceduren streitenden Vermuthung bis auf Weiteres von der Voraussetzung ausgegangen werden, die neue Grenzlinie sei erst nach vorausgegangener Versteinung, zu welcher des Klägers Rechtsvorgänger zugezogen worden und in die er eingewilligt, resp. erst nach Beseitigung des etwa erhobenen Einspruches in die neuen Karten und Lagerbücher eingetragen worden, so erscheint gegenwärtig diese als die allein zu Recht bestehende, die frühere Grenzlinie aber als beseitigt.

Durch eben jene Vermuthung der Legalität erledigt sich auch der Einwand des Klägers, daß die Lagerbücher einseitig, ohne seine Zuziehung errichtet worden. Es kann nicht Sache desjenigen, der diese Bücher für sich hat, sein, auch noch darzuthun, daß der betreffende Eintrag auf gesetzliche Weise zu Stande gekommen, sondern höchstens dem Gegner gestattet sein, nachzuweisen, daß dem Eintrage ein vorschriftmäßiges Verfahren nicht vorausgegangen. Einen hierhin gehenden Beweis aber hat Kläger gar nicht versucht.

Wäre aber auch bei der Bannvermessung eine Regelwidrigkeit vorgekommen, die den Eigenthümer berechtigt hätte, die Beweiskraft der darauf gegründeten Karten und Lagerbücher in Beziehung auf die Grenzen seines in Rede stehenden Grundstücks anzufechten, so müßte diese Berechtigung doch für erloschen erachtet werden. — Nach der auch für die Dorfschaften maßgebenden

cf. Bender Handbuch § 41 sub. 2

Bestimmung der Ref. IX. tit. 3 § 8

cf. über das richtige Verständniß dieser Bestimmung

Souchay Anmerk. p. 1238 u.

Solms'sche Landger.-Ordn. II. 30, 54

beweisen die Grenzsteine, nachdem sie 10 Jahre gestanden, auch wenn nachgewiesen werden könnte, daß bei deren Aufstellung nicht nach gesetzlicher Vorschrift verfahren, namentlich etwa die Vorladung des Betheiligten unterlassen worden. Man kann

a. diese Vorschrift hier direct zur Anwendung bringen. Denn daß bei Gelegenheit der Bannvermessung die Grenze des Kurzrock'schen Ackers nach Norden hin so versteint worden, wie sie sich in [9] und [56] verzeichnet findet, darf nicht wohl bezweifelt werden. Die Instruction für den Landgeometer, auf welche Bleibtreu verpflichtet worden ist, schrieb (in Uebereinstimmung mit der Verordnung vom 26. März 1809) vor, daß die zu vermessenden Flächen vorher ausgesteint werden sollten und daß zwischen den Steinen keine andere als eine gerade Linie stattfinden dürfe.

Instruction für die bei dem Bannvermessungsgeschäfte der Frankfurter Dorfschaften angestellten Geometer § 3 (in den Acten der Bornheimer Bannvermessung.)

Es ergibt sich daraus, daß an den Puncten i. f. e. d. des Risses [56] Grenzsteine gestanden haben müssen. — — — Diese Steine müssen aber auch noch im Jahre 1844 vorhanden gewesen sein. Denn damals ist der Kurzrock'sche Acker zwischen dem Kläger und seinem Bruder getheilt, und in Folge dieser Theilung ein neuer Eintrag im Lagerbuche, wie es aus [88] sich ergibt, gemacht worden. Dies aber konnte (im Hinblick auf § 4 der Verordnung vom 10. März 1825) nicht vor sich gehen und ist nach der eigenen Erklärung des Klägers nicht vor sich gegangen, ohne daß durch den Geometer eine Absteinung der gemachten Theile und deren Vermessung auf dem Felde vorgenommen wurde, für welche Vermessung das Vorhandensein nicht nur der neu gesetzten, sondern auch der alten Grenzsteine eine nothwendige Vorbedingung bildete. Kläger hat denn auch zugestanden, daß sich Steine (die er freilich nicht für Grenzsteine gelten lassen will, die aber seiner Beschreibung nach mehr als gewöhnliche Feldsteine gewesen) „in der Nähe des Wegs" noch nach 1844 vorgefunden haben. Wenn nun auch bei der Aufnahme der betreffenden Localität durch die Sachverständigen, nach [56] sub VIII., diese Steine nicht mehr da gewesen sind, so haben sie doch wenigstens von 1820 bis 1844 an den fraglichen Puncten gestanden und sind hierdurch die Grenzen des klägerischen Grundstücks in unanfechtbarer Weise festgestellt. — Wollte man aber auch dies, weil doch die Steine jetzt nicht mehr vorhanden sind, beanstanden, so würde jedenfalls

b. hier eine indirecte Anwendung von der in der Reformation *) festgesetzten 10jährigen Verjährung zu machen sein. Wenn in § 4 der Verordnung vom 10. März 1825 die Beweiskraft der Lagerbücher in Betreff der Grenze eines Grundstücks die der vorhandenen Grenzsteine überbieten soll, so folgt daraus, daß in einem Falle, wo nach dem bisherigen Rechte die Grenzsteine nicht mehr angefochten werden konnten, jetzt auch eine jede Anfechtung der Lagerbücher ausgeschlossen sein muß, daß also die Einträge in diesen letzteren jedenfalls nach dem Ablaufe von 10 Jahren eine absolute Beweiskraft erlangen.

*) Ref. IX tit. 3. § 8.

Ob man diese 10 Jahre sofort vom Eintrage an zu rechnen hat oder erst von da an, wo der betheiligte Grundeigenthümer in die Lage gekommen ist, einen Eintrag der fraglichen Art als geschehen voraussetzen zu müssen, kann für den vorliegenden Fall dahin gestellt bleiben. Die Errichtung neuer Lagerbücher für eine ganze Gemarkung mit den ihr vorausgehenden Steinsetzungen und Vermessungen ist ein Vorgang, der für ortsnotorisch gehalten werden darf und auch dem benachbarten Forensen nicht verborgen bleiben kann. Die Acten über die Bannvermessung liefern überdies den Nachweis, daß die Grundeigenthümer und unter ihnen namentlich auch der Vater und Rechtsvorgänger des Klägers, zur Zahlung der Kosten eines Theils der Bannvermessung herangezogen worden sind. Denn nachdem durch Rathschluß vom 20. November 1820 bestimmt worden, daß von den Gesammtkosten der Bornheimer Bann-Renovation die Eigenthümer der vermessenen Grundstücke und Hofraithen $^2/_5$ zu ersetzen haben, ist am 21. Juli 1821 das Heberegister über die Beiträge, welche die einzelnen Eigenthümer zu den Vermessungskosten der Bornheimer Gemarkung zu entrichten haben — in welchem auch Adam Kurzrock mit zu zahlenden Beiträgen aufgeführt ist — vom Landamte für executorisch erklärt und deren Erhebung verfügt worden und aus dem weiter in den Bannvermessungs-Acten befindlichen Protocolle vom 30. März 1822 ergibt sich, daß eine Erhebung der Kosten von den Einzelnen wirklich stattgefunden hat. Wenn es nun gleich an der speciellen Nachweisung einer Zahlung von Seiten des Kurzrock fehlt, so ist es doch nicht möglich, daß alle jene Hergänge an ihm, ohne daß er etwas davon bemerkt, vorüber gegangen sein könnten. Seit dem Jahre 1822 aber sind 10 Jahre längst abgelaufen.

Wenn Kläger, um die Beweiskraft des neuen Lagerbuches zu elidiren, noch insbesondere auf den, nach [56] sub VIII. bei dem Puncte m. aufgefundenen alten Grenzstein Bezug genommen hat, so bedarf es zur Beseitigung dieser Beweiseinrede nur einer Hinweisung auf die klare, dem Lagerbuche vor den Grenzsteinen den Vorzug einräumende Vorschrift in § 4 der Verordnung vom 10. März 1825. Die Bestimmung in Ref. IX. tit 3 § 7 in fine kann hiernach im vorliegenden Falle nicht zur Anwendung kommen.

270. Kostenerstattung bei theilweise gerechtfertigter Proceßführung.

Wenn — — — dem Kläger ein Theil des streitigen Wegs als Eigenthum zuzusprechen war, mußte dies auch auf den Kostenpunct einen Einfluß üben, da — — Beklagte erst in zweiter Instanz mit der bestimmten Erklärung hervorgetreten ist, daß sie das fragliche Stück nicht in Anspruch nehme, die Proceßführung des Klägers, soweit sie dieses Stück betrifft, folglich gerechtfertigt erscheint. Erwägt man indeß, daß es nur ein sehr kleiner Theil des Klagobjects ist, in Bezug auf welchen Kläger obsiegt, und daß, wenn die Klage auf dieses Stückchen beschränkt gewesen wäre, der Proceß gar nicht vor das Stadtgericht, sondern nur vor das Landjustizamt gehört haben würde, so konnte jene Folge nur darin bestehen, daß, wie im Urtheil geschehen, die Kosten aller drei Instanzen zu $1/_{10}$ compensirt wurden, während der übrige Theil derselben, dem Kläger zur Last bleiben mußte.

CXVII.

Jandorf u. Rambeau zu Niederursel, Kläger
contra
Friedrich Tanner dahier, Beklagten.

Kläger forderte den Preis für zwei Ballen Wolle Nr. 60 u. 61 mit fl. —. Der Beklagte gab zu, die Waare um den angegebenen Preis gekauft zu haben, behauptete aber, der Ballen Nr. 60 habe anstatt langer hübscher Wolle kurze, straubige und knöpfige enthalten. Er stellte daher die sämmtliche Waare zur Disposition des Klägers, eventuell begründete er die exceptio quanti minoris, indem der Ballen Nr. 60 statt fl. 36, nur fl. 15 per Centner werth sei. Der Kläger replicirte, daß die Reclamation, weil erst vier Wochen nach Empfang der Waare geschehen, als verspätet zu verwerfen sei.

Das Stadtgericht verurtheilte am 1. October 1856 den Beklagten zur Bezahlung der eingeklagten Summe. Auf Appella-

tion des Beklagten verurtheilte am 26. November 1856 das Appellationsgericht den Beklagten nur in den Betrag des Ballen 61 und in Betreff des Ballen 60 in den zugestandenen Werth von fl. 15 per Centner und ließ dem Beklagten noch den Beweis nach, daß der Ballen J. u. R. Nr. 60 — grau Shoddy anstatt langer hübscher Wolle kurze, straubige und knöpfige enthalten habe und daß diese zur Zeit des Empfangs nur fl. 15 per Centner oder wie viel mehr bis zu fl. 36 werth gewesen sei. Auf Appellation des Klägers wurde unter Compensation von einem Viertel der Kosten und unter Verurtheilung des Klägers in die übrigen drei Viertel das appellationsgerichtliche Urtheil vom Oberappellationsgerichte am 30. März 1858 zwar im Uebrigen bestätigt, der nachgelassene Beweis jedoch dahin festgestellt, daß der Ballen, 2c. zur Zeit seiner Absendung anstatt 2c. enthalten habe und daß diese damals fl. 15 2c. werth gewesen sei.

271. Reclamation wegen Mangel der Waare. Alsbaldige Anzeige beschränkt auf den eigentlichen Handelsverkehr. Fabrikanten als Contrahenten.

(cf. Bd. III. Nr. 223. 226.)

Der Hauptgrund, aus welchem die Kläger die wegen Preisminderung und in der sent. a qua zum Beweise verstellte Einrede verworfen wissen wollen, ist der, daß der Beklagte erst beinahe 4 Wochen nach dem Empfange die fragliche Wolle untersucht und wegen ihrer Beschaffenheit reclamirt habe, eine solche Verspätung aber auch des Rechts auf Preisminderung verlustig mache.

Der Berücksichtigung dieses Einwandes steht es nicht entgegen, daß derselbe in der Replikschrift der vom Beklagten nur eventuell vorgeschützten exceptio quanti minoris nicht nochmals speciell entgegengesetzt worden ist. Denn die Kläger erklärten, diese Einrede sei ebenso unstatthaft, als die zunächst geltend gemachte Redhibition; unverkennbar sollten damit alle die Einwürfe, welche vorher gegen die verlangte Zurücknahme der Waare ausgeführt worden waren, an dieser Stelle als wiederholt gelten, was um so weniger einem Bedenken unterliegen konnte, da auch der Beklagte die eventuelle Einrede nur in gleich allgemeiner Weise vorgeschützt hatte.

Dagegen stellte sich der klägerische Einwand materiell als verwerflich dar. Die Frage, ob der Empfänger einer Waare dadurch, daß er nicht alsbald dieselbe untersucht und von der vorgefundenen mangelhaften Beschaffenheit dem Absender Anzeige macht, nur des Rechtes auf gänzliche Ablehnung oder auch des Rechtes auf Preisminderung verlustig werde, kann auf sich beruhen. Denn jedenfalls ist der Satz, daß die Unterlassung alsbaldiger Untersuchung und Anzeige eine solche Folge habe, nur ein aus den Bedürfnissen des eigentlichen Handelsverkehrs hervorgegangener und daher, wie das Oberappellationsgericht schon mehrfach ausgesprochen hat, auf den Bereich des Handelsrechts zu beschränken. Nun kann aber dem vorliegenden Kaufe die Eigenschaft eines eigentlichen Handelsgeschäfts nicht beigelegt werden, da derselbe, unter zwei Fabrikanten abgeschlossen, einen Gegenstand betraf, welcher nicht zum Wiederverkaufe in wesentlich unverändertem Zustande, sondern zur weiteren Verarbeitung in den Händen des Bestellers (des Beklagten) bestimmt war. In einem solchen Falle treffen die Gründe, welche den obigen Satz hervorgerufen haben und welche darauf beruhen, daß es für den Handelsverkehr erhebliche Störungen mit sich führen würde, wenn der Absender längere Zeit in der Ungewißheit bleiben sollte, ob die gelieferte Waare genehmigt werde, nicht zu, vielmehr muß sich hier der Verkäufer selbst sagen, daß es sehr von den Umständen abhänge, wie bald der Besteller zu der beabsichtigten Verarbeitung und damit zu einer ordnungsmäßigen Untersuchung der Waare schreiten könne. Hier lassen sich demnach nur die Grundsätze von dem gewöhnlichen Kaufcontracte anwenden, nach denen es keinem Zweifel unterliegt, daß ein Verzug von mehreren Wochen den Verlust des Preisminderungsrechts nicht nach sich zieht.

272. Preisminderung. Theilweiser Verbrauch der Waare.

Der Kläger wendet ein:

1. durch Verbrauch der aus dem Ballen entnommenen 50 Pfd. Wolle, des $1/8$ des Ganzen, habe sich der Beklagte des Rechts auf Preisminderung begeben. Allein durch Anbrechung einer gelieferten Waare macht sich der Empfänger nur des Rechts auf Rückgabe, nicht auf Preisminderung verlustig.

2. Auch der Brief des Beklagten vom 12. März 1856 enthalte einen Verzicht auf Preisminderung, indem es daselbst heiße, er könne die graue Wolle nicht brauchen, selbst wenn sie noch so billig sein sollte. Diese Aeußerung drückt jedoch nur den entschiedenen Willen aus, die empfangene Wolle zur Disposition zu stellen, und kann für den Fall, daß die Rückgabe ein Hinderniß finden sollte, keineswegs als Verzicht auf Preisminderung aufgefaßt werden.

273. Mangel der Waare. Uebergang der Gefahr.

Die eventuelle zweite Beschwerde der Kläger mußte für begründet erachtet werden. Die Partheien sind darüber einverstanden, daß der Transport der Wolle auf Gefahr des Beklagten ging. Nun liegt es aber, wie das Oberappellationsgericht in den Nr. 225 u. 228 (p. 488) dieses Bandes mitgetheilten Präjudicaten ausgesprochen hat, in der Natur der Sache, daß das Dasein von Fehlern an einem Kaufgegenstande, wegen deren eine Reclamation erhoben wird, für den Zeitpunct vor Uebergang der Gefahr auf den Käufer nachgewiesen werden muß. Danach kommt es also hier auf den Zeitpunct der Absendung an. Freilich würde, wenn der Beklagte beweist, daß die Wolle beim Empfange die gerügten Fehler und darum einen bestimmten Minderwerth gehabt habe, hieraus unbedenklich bis zum Beweise eines andern Sachverhalts auf das Dasein dieses Minderwerths zur Zeit der Absendung zurückgeschlossen werden dürfen, da nur ein Tag dazwischen liegt. Allein da dies nur eine factische Präsumtion ist, so kann dadurch die Normirung nicht bestimmt werden.

CXVIII.

Gebrüder Leser dahier, Kläger

contra

Melas u. Gernsheim, Beklagte.

Die Kläger behaupten, daß ihnen die Beklagten mehrere Partheien Leder verkauft und dabei die Garantie geleistet hätten, für

einen Nutzen von 8% bei dem Wiederverkaufe dieser Waaren in Havanna einstehen zu wollen. Bei der durch ihre Commissionäre, die Handlung Rebuetta, Demestre u. Leser in Havanna vorgenommenen Veräußerung sei jedoch dieser Gewinn nicht erzielt, sondern sogar noch ein Capitalverlust entstanden. Kläger beanspruchen jenen zugesicherten Gewinn und diesen Verlust.

Die Beklagten geben zu, den Klägern in einem Briefe vom 6. Mai 1855 „bei directem Verkaufe der fraglichen Waaren in Havanna" einen reinen Nutzen von 8% garantirt zu haben, bestreiten aber, daß diese Zusicherung auch auf den von den Klägern durch einen Commissionär vorgenommenen Verkauf auszudehnen sei. Beklagte verlangen zugleich die Edition der zwischen den Klägern und dem Handlungshause Rebuetta, Demestre u. Leser zu Havanna über das fragliche Verkaufsgeschäft geführten Correspondenz.

Die Kläger behaupten dagegen, daß nach Handelsgebrauch bei überseeischen Geschäften der Ausdruck „directer Verkauf" nur die Vermittlung des Geschäfts durch Commissionäre in einem europäischen Seehafen, nicht aber den Commissionsverkauf am Bestimmungsorte ausschließe.

Das Stadtgericht erkannte am 1. October 1856 auf den Beweis der Kläger, daß nach Handelsgebrauch bei überseeischen Geschäften der Ausdruck „directer Verkauf" dann üblich sei, wenn die Waare unmittelbar ohne Vermittlung eines Commissionärs in einem europäischen Seehafen an den überseeischen Bestimmungsort versendet wird. Auf beiderseitige Appellation wurde der Kläger von dem Appellationsgerichte am 12. December 1856 mit der erhobenen Klage abgewiesen. Auf Appellation der Kläger stellte unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz das Oberappellationsgericht am 27. Mai 1858 das stadtgerichtliche Erkenntniß mit der Abänderung wieder her, daß die Kläger die mit dem Handlungshause Rebuetta, Demestre u. Leser zu Havanna über das fragliche Verkaufsgeschäft geführte Correspondenz den Beklagten zu ediren verbunden seien.

274. Uebernahme der Garantie für einen bestimmten Erlös aus dem Verkaufe der Waare. Behaupteter Handelsgebrauch in Betreff des Ausdrucks „directer Verkauf" bei überseeischen Geschäften.

Bei der Frage, ob und in wie weit die Kläger nach Verkauf der in Rede stehenden lakirten Kalbsfelle in Havanna, auf Grund der von den Beklagten übernommenen Garantie für einen Gewinn von 8%, Vergütung des Mindererlöses in Anspruch nehmen können, so kommt hier Alles auf die Auslegung der schriftlichen Garantiezusage an, welche in dem Briefe der Beklagten vom 6. Mai 1855 enthalten ist. — — —

Unbedenklich mußte man sich nun hinsichtlich der brieflichen Erklärung der Beklagten der Ansicht des Stadtgerichts anschließen und war demnach der Sinn der Zusage zwar dahin aufzufassen, daß die Beklagten einen Gewinn von 8% nur für einen, ohne Vermittlung eines Commissionärs vollzogenen Verkauf haben garantiren wollen, die von den Klägern in der Replik aufgestellte abweichende Auslegung jedoch als geeignet zu einem Beweisnachlaß anzuerkennen.

a. Die Zusage ist dahin gefaßt: „daß ihnen nach directem Verkaufe dieser Waare in Havanna ein reiner Nutzen von 8% übrig bleiben muß." Es ist also klar, daß die Garantie nur für einen durch directen Verkauf zu erzielenden Erlös gegeben werden sollte. Daß der Ausdruck „directer Verkauf" nicht etwa dazu bestimmt sein konnte, die Vermittlung von Spediteuren zur Versendung auszuschließen, darüber sind die Partheien nicht in Streit und bedarf dies auch gar keiner Ausführung. Der Ausdruck bildet vielmehr im kaufmännischen Verkehr seiner ordentlichen und völlig klaren Bedeutung nach den Gegensatz zum Verkaufe durch einen Commissionär. Dies stellen die Kläger auch gar nicht in Abrede, meinen aber, entweder hätten sich die Beklagten des Ausdruckes, ohne Ueberlegung und ohne demselben eine Bedeutung beizulegen, bedient oder er habe nur den Zweck gehabt, die Vermittlung des Verkaufs durch Commissionäre in einem europäischen Seehafen auszuschließen. Allein die erstere Behauptung verdient gar keine Berücksichtigung, da in Erklärungen, wodurch Rechtsverhältnisse festgestellt oder beurkundet werden sollen, ohne besondere Rechtfertigungs-

gründe kein Wort als überflüssig oder bedeutungslos behandelt werden darf. Hier wo es sich für die Beklagten darum handelte, eine wichtige Verpflichtung schriftlich gegen sich anzuerkennen, und wo ihnen nothwendig der erhebliche Einfluß des directen oder indirecten Verkaufes auf den zu hoffenden Netto-Erlös gegenwärtig sein mußte, liegt nicht der mindeste Anlaß zur Annahme einer unüberlegten Ausdrucksweise vor, um so weniger, da sowohl der ganze Brief, als die hier fragliche Stelle — welche, wenn sie auch mitten in den sonstigen Contezt des Briefes eingerückt ist und nicht den größten Theil desselben einnimmt, sich doch keineswegs als eine bloß nebenbei gethane Aeußerung darstellt — in durchaus klarer und präciser Sprache abgefaßt ist. Die zweite Behauptung aber, daß nicht der Verkauf durch einen Commissionär in Havanna, sondern nur die vorgängige Vermittlung durch einen europäischen Commissionär, also ein doppeltes Commissionsverhältniß habe ausgeschlossen werden sollen, wird durch den Wortlaut in keiner Weise unterstützt. Wenn es heißt, den Klägern müsse nach directem Verkaufe in Havanna ein reiner Nutzen von 8% bleiben, so ist damit, auch wenn man die Worte „in Havanna" nicht besonders betont, genügend bezeichnet, daß ein von den Klägern unmittelbar ausgehender Verkauf vorausgesetzt werde, nicht bloß ein doppeltes, sondern jedes Commissionsverhältniß habe ausgeschlossen werden sollen. Dazu kommt noch bestätigend, daß in dem vorletzten Satze des Briefes die Kläger ersucht werden, „ihre respectiven Abnehmer in Havanna" auf einen daselbst bemerkten Umstand aufmerksam zu machen, welche Ausdrucksweise mindestens, ihrer gewöhnlichen Bedeutung nach, auf ein Verhältniß der Kläger zu directen Käufern hinweist.

Nur anderweite besondere Umstände können daher berechtigen, den Ausdruck „directer Verkauf" statt der dem Wortlaut entsprechenden absoluten eine bloß relative, auf Ausschließung doppelten Commissionsverhältnisses gerichtete Bedeutung beizulegen.

Die Kläger machen in dieser Hinsicht, abgesehen von dem unten zu besprechenden Handelsgebrauche, hauptsächlich geltend: da sie kein eigenes Haus in Havanna hätten, an einen Verkauf von Frankfurt an bereits ermittelte feste Abnehmer in Havanna aber

ebenso wenig zu denken gewesen sei, als an eine Reise der Kläger nach Havanna zum Zwecke des Verkaufes, so habe nur der Verkauf durch einen Commissionär in Havanna vorausgesetzt werden können. Wenngleich nun an eine Reise der Kläger nach Havanna allerdings nicht zu denken war, auch ein Verkauf der Kläger an Abnehmer in Havanna direct von Frankfurt aus wenigstens zu den ungewöhnlichen Fällen gehört, so folgt doch daraus keineswegs, daß die Beklagten einen directen Verkauf durch die Kläger für nicht wohl ausführbar hätten halten müssen.

Die Beklagten wollen auf Grund mündlicher Aeußerung der Kläger vorausgesetzt haben, daß die Letzteren ein eigenes Haus in Havanna unter Leitung ihres Bruders hätten. Wie es sich damit in Wirklichkeit verhält, steht zur Zeit nicht fest, die Kläger geben aber zu, daß ein Bruder von ihnen Theilhaber der Handlung in Havanna sei, welche den hier fraglichen Verkauf besorgt hat und über die Stellung dieser Handlung zu den Klägern, auch wenn sie eine selbstständige sein sollte, konnte sehr leicht ein Irrthum bei den Beklagten obwalten. Ein erheblicher Zweifel gegen die absolute Bedeutung von „directem Verkaufe" würde daher nur begründet sein, wenn die Beklagten gewußt hätten, daß die Kläger kein eigenes Haus in Havanna hätten. Dies ist aber von den Klägern nicht einmal behauptet worden. — — —

Wird aber hiernach der an sich klare Wortlaut der schriftlichen Zusage auch durch die concreten Umstände zur Zeit nicht zweifelhaft gemacht, so kann die Erheblichkeit des vom Stadtgerichte zu Gunsten der Beklagten hervorgehobenen weiteren Argumentes, es sei nicht anzunehmen, daß die Beklagten sich ganz unbedingt dem unbeschränkten Ermessen der Kläger hätten überlassen wollen, dahin gestellt bleiben.

b. Dieses Resultates ungeachtet mußte aber abweichend vom Appellationsgerichte die Möglichkeit der von den Klägern vertheidigten Auffassung der Garantiezusage anerkannt werden. Die Kläger berufen sich darauf, daß nach Handelsgebrauch bei überseeischen Geschäften der Ausdruck directer Verkauf nur die Vermittlung des Geschäfts durch Commissionäre in einem europäischen Seehafen, nicht aber den Commissionsverkauf am Bestim-

mungsorte ausschließe. Ohne Grund erinnert das Appellationsgericht mit den Beklagten hiergegen, es werde damit ein für den Begriff „directer Verkauf" ganz unwesentlicher Moment, der Gebrauch oder Nichtgebrauch eines Spediteurs, untergeschoben. Denn selbst wenn für den Absatz einer Waare am überseeischen Bestimmungsorte ein Commissionsverkauf vorausgesetzt wird, ist doch die nächste Vermittlung des Geschäfts durch einen europäischen Commissionär etwas nicht selten vorkommendes und dieser wird dadurch keineswegs zu einem bloßen Spediteur. Auch abgesehen von dem Falle, daß der Fabrikant (oder sonstige Absender) wegen leichter und schneller zu erlangenden Vorschusses auf seine Waare ein Interesse haben kann, die Sache diesen Gang nehmen zu lassen, kommt es dabei am meisten auf die geeigneten Geschäftsverbindungen mit dem Bestimmungsorte an. Fehlen diese dem Fabrikanten, so bedient er sich der Vermittlung eines Handlungshauses (in einem europäischen Seehafen), dem solche Verbindungen zu Gebote stehen, und es handelt sich dabei nicht um bloße Spedition oder, wie die Beklagten meinen, um einfache Ermittlung und Mittheilung einer überseeischen Firma. Es kann weder vorausgesetzt werden, daß die überseeischen Firmen sich ohne Weiteres mit jedem, bekannten oder unbekannten, Fabrikanten direct einlassen würden, noch daß das angegangene europäische Handlungshaus geneigt wäre, die Vortheile seiner überseeischen Verbindungen jedem Geschäftsfreunde preis zu geben. Es bleibt daher in vielen Fällen nichts Anderes übrig, als die Waare, wofür ein überseeischer Markt gesucht wird, einem europäischen Handlungshause in wirkliche Consignation zu geben und dieses tritt dann auch in die volle Verantwortlichkeit eines Commissionärs ein.

Erwägt man nun, daß der Absatz der Waaren durch Commissionäre an den überseeischen Bestimmungsorten das durchaus Gewöhnliche ist, indem der europäische Vermittler nur ausnahmsweise zugleich ein eigenes Haus am Bestimmungsorte besitzen oder sonst in der Lage sein wird, direct verkaufen zu können, so wäre es sehr wohl denkbar, daß sich über das Verständniß des Ausdrucks „directer und indirecter Verkauf" ein Handelsgebrauch der von den Klägern behaupteten Art gebildet hätte. Es würde dabei der Com-

missionsverkauf am Bestimmungsorte als der Regel nach sich schon von selbst verstehend vorausgesetzt und der Begriff der Unterscheidung nur auf die weitere Belastung des Geschäfts durch eine europäische Consignation bezogen sein. Sollte aber diese handelsübliche Bezeichnung begründet sein, so wäre damit auch der vom Appellationsgerichte angenommene Widerspruch mit dem Wortsinn der Garantiezusage von selbst beseitigt und könnte den Klägern die Annahme des Briefes, ohne sich gegen den Ausdruck zu verwahren, nicht präjudiciren. Vom Appellationsgerichte wird zwar auch noch auf den unmittelbar folgenden Zusatz „in Havanna" Gewicht gelegt; allein dem Zusammenhange nach läßt sich nicht behaupten, daß darin mehr als die einfache Bezeichnung des Bestimmungsortes liegen müsse. Ebenso wenig ist die schon erwähnte Stelle im vorletzten Satze des Briefes, worauf sich die Beklagten in zweiter Instanz berufen haben, entscheidend gegen die Kläger. Denn durfte der durch einen Commissionär in Havanna vermittelte Verkauf einmal ein directer genannt werden, so läßt auch die Bezeichnung „Abnehmer der Kläger" keinen sicheren Schluß dafür zu, daß ein solcher Commissionär als ausgeschlossen gedacht worden sei. Es bedarf schließlich kaum der Erwähnung, daß der Einwand der Beklagten (in zweiter Instanz), bei einem Commissionsverkaufe in Havanna hätten die Kläger zu einem Verkaufe unter 8% Gewinn der Einwilligung der Beklagten bedurft, jedes Grundes entbehrt.

275. Einlassung des Beklagten in Betreff fremder Thatsachen.

Gleich grundlos ist die Rüge mangelhafter Einlassung. Die Beklagten haben die Wahrheit, Angemessenheit und Ueblichkeit der berechneten Posten ausdrücklich in Abrede gestellt und von einer Pflicht zur Angabe des andern Sachverhalts kann da keine Rede sein, wo die sich einlassende Parthei gar nicht in der Lage ist, eigene Wissenschaft von den fraglichen Thatsachen zu haben.

Fr. S. Pillot c. Gerold 1851

Aron c. Dietz Nachlaß 1852.

276. Verbindlichkeit des Klägers zur Urkundenedition.

Die Beschwerde ist dahin gerichtet, daß der Antrag der Beklagten auf Vorlage der (klägerischen Original-Correspondenz aus

Havanna verworfen worden sei; und diese mußte für begründet erachtet werden. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die von den Klägern wegen des fraglichen Geschäfts mit ihren Commissionären in Havanna gewechselten Briefe nicht im Verhältniß zu den Beklagten, vermöge der von diesen geleisteten Garantie, als documenta quasi communia anzusehen sein würden. Denn jedenfalls entscheidet für das Editionsgesuch hier schon die processualische Pflicht der Kläger, den Beklagten alle zu ihrer Vertheidigung dienlichen Urkunden zur Einsicht vorzulegen. Daß aber die fragliche Correspondenz ihrer Natur und Bestimmung nach geeignet ist, den Beklagten Vertheidigungsmomente zu liefern, unterliegt keinem Zweifel. Es versteht sich dabei übrigens von selbst, daß die von den Klägern nach Havanna gerichteten Briefe nur in den Copien, die von dort erhaltenen Antworten aber in den Originalen vorzulegen sind, sowie daß es den Klägern unbenommen bleiben muß, wenn die Correspondenz sich zugleich auf andere nicht hierher gehörige Geschäfte beziehen sollte, die geeigneten Vorkehrungen zu treffen, um die Einsicht der Beklagten auf solche Theile derselben nicht mit ausdehnen zu lassen.

CXIX.

Carl Küchler dahier, Kläger

contra

B. H. Goldschmidt dahier, Beklagten.

Das Handlungshaus B. H. Goldschmidt forderte am 18. April 1853 zur Einzeichnung auf ein Anleihen von 5,250,000 Lire Prioritäts-Actien der Lucca-Pistoja-Eisenbahn von Morgens bis Nachmittags 3 Uhr auf. Die Einladung lautet folgender Maßen:

Zur Vollendung der Eisenbahnlinie von Lucca nach Pistoja, von welcher die größere Strecke von Lucca nach Pescia bereits in Exploitation ist, wurde die Gesellschaft dieser

Eisenbahn von der Toscanischen Regierung ermächtigt, eine Anleihe von 5,250,000 Lire Prioritäts-Actien aufzunehmen.

Diesen Prioritäts-Actien sind, laut Großherzoglichem Decrete vom 8. December 1852 und 4. März 1853 von der Toscanischen Regierung 5% Zinsen pr. Anno auf 99 Jahre garantirt; außerdem werden diese Prioritäts-Actien gleichmäßig mit den Stamm-Actien (im Betrage von 8,400,000 Lire) an dem Mehrertrage der Gesammtstrecke von Lucca nach Pistoja participiren, nachdem die Besitzer der Stamm-Actien 2½% Zinsen erhalten haben werden.

Nach den mit großer Genauigkeit aufgenommenen Daten dürfte auf eine Rentabilität bei dieser Bahn von bedeutend mehr als 10% zu rechnen sein, da solcher durch den Anschluß an die Bahn von Pistoja nach Florenz, von Lucca nach Pisa und an die große italienische Centralbahn eine große Zukunft bevorsteht.

Von diesen 5,250,000 Lire Prioritäts-Actien sind nun für den hiesigen Platz 3,000,000 Lire reservirt worden, auf welche das Haus B. H. Goldschmidt in Frankfurt a. M. Einzeichnungen entgegennimmt und zwar zum Cours von 93%.

Die Einzeichnungen sind zu leisten 20% bei der Einzeichnung 2c. — — bei dem Bankhause B. H. Goldschmidt in Frankfurt a. M. à 24 kr. Reichswährung für eine Lire Toscana. Es steht überdies den Zeichnern frei, die Einzahlungen zu anticipiren und treten sie von dem Tage ihrer jeweiligen Einzahlungen in den Zinsgenuß von 5%.

Die auszugebenden Original-Prioritäts-Actien in Beträgen von 1500 Lire werden mit halbjährigen Zinscoupons und besonderen Dividenden-Scheinen versehen, welche in Florenz und auch in London und Frankfurt bei den Bankhäusern der Gesellschaft zahlbar sind.

Frankfurt a. M., den 18. April 1853.

Karl Küchler unterzeichnete auf Grund dieser Einladung — Lire und erhielt auch nach vollständiger Einzahlung die Originalausfertigungen Nr. 2c. ausgeliefert. Karl Küchler behauptet nun, der Verkäufer B. H. Goldschmidt habe wesentliche Bedingungen arglistig verschwiegen und bestimmt gemachte Zusicherungen

unrichtig angegeben, namentlich sei ihm ein ganz anderes Kaufobject, als versprochen, geliefert worden. Statt Anlehens-Obligationen, bei welchen die Eisenbahngesellschaft ihm gegenüber als Schuldnerin zu erscheinen habe, habe er Actien erhalten, durch welche er zum Mitunternehmer gemacht werde. Es seien ferner die Bedingungen verschwiegen worden, unter welchen die Toscanische Regierung die Zinsengarantie übernommen habe und die, wenn bekannt, jeden Zeichnungslustigen von aller Betheiligung abgehalten hätten. Der art. 1 des Decrets vom 8. December 1852 laute nämlich:

art. 1. Die Gesellschaft der Eisenbahn von Lucca nach Pistoja ist wieder in den vorigen Stand eingesetzt und ist derselben eine neue peremtorische Frist bis zum Ende des Jahres 1854 bewilligt, um ihre ganze Linie für den Transport der Reisenden und Waaren zu eröffnen unter der Androhung, daß sie im Unterlassungsfall den Verlust der Concession für die ganze Bahn von Lucca nach Pistoja und aller damit verbundenen Vortheile „ipso jure" sich zuziehen würde.

Kläger verlangt die Zurückzahlung des empfangenen Kaufpreises sammt 5% Zinsen vom 1. Februar 1855, an welchem Tage die Gesellschaft die Zinsenzahlung eingestellt habe, oder wenigstens den Ersatz des durch eine Versteigerung der erwähnten Werthpapiere festzustellenden Minderwerthes.

Das Stadtgericht erkannnte am 12. September 1856 den Beklagten für schuldig, dem Kläger gegen Rücklieferung der fraglichen Actien den Kaufpreis mit Zinsen zu 5% vom 1. Febr. 1855 an binnen 14 Tage zurückzuzahlen.

Auf beiderseitige Appellation erkannte

1. das Appellationsgericht am 24. December 1856, daß der Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen sei, er könne denn beweisen, daß es dictum et promissum des Beklagten gewesen, daß die Zeichner der sogenannten Prioritäts-Actien der Lucca-Pistoja-Eisenbahn nicht Theilhaber der Gesellschaft zur Erbauung dieser Eisenbahn, sondern lediglich Gläubiger dieser Gesellschaft sein würden;

2. das Oberappellationsgericht am 31. Mai 1858, daß die im stadtgerichtlichen Erkenntnisse ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten wieder herzustellen sei, es könnte und wollte denn der Letztere beweisen, daß der Kläger, entweder als er auf die fraglichen Actien beim Beklagten gezeichnet oder doch, als er die Certificate über diese Actien entgegengenommen, von dem Inhalte des art. 1. des Großherzoglich Toscanischen Decrets vom 8. December 1852 in Betreff der Lucca-Pistoja-Eisenbahn Kenntniß gehabt habe.

Das letztere Gericht compensirte die Kosten der zweiten Instanz durchgängig, die der dritten Instanz zur Hälfte und verurtheilte den Beklagten in die andere Hälfte.

277. Prioritätsactien. Prioritätsobligationen.

Der Kläger gründet seine auf Rescission des mit dem Beklagten geschlossenen Kaufcontracts über — Stück Lucca-Pistoja-Eisenbahn-Prioritäts-Actien gerichtete Klage zunächst darauf, daß es in dem vom Beklagten am 18. April 1853 erlassenen sog. Programm, auf Grund dessen Kläger bei demselben auf die fraglichen Papiere gezeichnet habe, heiße, daß zur Vollendung der Eisenbahnlinie von Lucca nach Pistoja die Gesellschaft dieser Eisenbahn von der Toscanischen Regierung ermächtigt worden sei, eine Anleihe von 5,250,000 Lire Prioritäts-Actien aufzunehmen, und daß er, Kläger, hiernach habe erwarten dürfen, durch Erwerbung solcher Prioritäts-Actien Gläubiger und zwar mit Pfand- oder Vorzugsrecht versehener Gläubiger der fraglichen Gesellschaft zu werden, während er jetzt erfahren, daß er ein nur hinsichtlich der Zinsen privilegirter Mit-Actionär geworden sei. Wenn

A. das Stadtgericht diesen factischen Anfechtungsgrund als zutreffend anerkannt und deßhalb eine Verurtheilung des Beklagten ausgesprochen hat, so konnte dem nicht beigetreten werden.

1. Es lag im Programme überall keine klare Offerte solcher Papiere, wie der Kläger vermeintlich gekauft haben will.

a. Nicht begründet nämlich ist die Annahme des Stadtgerichts, daß unter „Prioritäts-Actien" gemeinhin auch in der Rechtssprache nur solche Urkunden verstanden würden, welche die

Inhaber zu Gläubigern, nicht zu Theilhabern einer Actien-Gesellschaft machen. Denn

α. die dafür angeführten*) Schriftsteller haben diese Auffassung nur den Privilegien und Statuten preußischer Eisenbahn-Gesellschaften entnommen und selbst insoweit erscheint sie nicht unbedenklich. Denn wenngleich in Preußen von Eisenbahn-Gesellschaften emittirte Papiere unter dem Namen Prioritäts-Actien vorkommen, welche die Inhaber derselben zwar einerseits zu Mitgliedern der Gesellschaft, wiewohl ohne Stimm- und Wahlrecht und ohne Anspruch auf Dividenden machen, andererseits aber allerdings sie in den Fällen, für welche ihnen ausnahmsweise ein Rückforderungsrecht eingeräumt, in das Verhältniß von Gläubigern der Gesellschaft treten lassen,

Nachtrag zum Statute der Magdeburg-Köthen-Halle-Leipziger Eisenbahn-Gesellschaft vom 28. März 1840 (Gesetzsamml. von 1851 p. 743 ss.)

Nachtrag zu dem Statute der Berlin-Anhaltischen-Eisenbahn-Gesellsch., bestätigt am 7. Dec. 1840 (ebendas. 1840 p. 376 ss.)

Nachtrag zum Statute der Berlin-Frankfurter-Eisenbahn-Gesellsch. v. 26. Aug. 1842 (ebend. 1842 p. 300 ss.)

Nachtrag zum Statute der Oberschlesischen Eisenbahn-Gesellsch. v. 8. Febr. 1843 (ebend. 1843 p. 170 ss.)

Nachtrag zum Statute der Niederschlesisch-Märkischen-Eisenbahn-Gesellsch. v. 27. Juni 1845 (ebendas. 1845 p. 459 ss.)

so hat die Creirung solcher Papiere unter diesem Namen doch nur in dem kurzen Zeitraum von 1840 bis 1845 stattgefunden und es sind später an ihre Stelle die Prioritäts-Obligationen getreten, deren Charakter als reine Schuldurkunden über ein aufgenommenes Darlehen völlig klar hervortritt.

z. B. dritter Nachtrag zum Statute der Niederschlesisch-Märkischen-Eisenbahn-Gesellsch. v. 9. Juli 1847 § 5 (ebendas. 1847 p. 345)

---

*) Savigny Obligationenrecht II. p. 114. Beseler deutsches Privatr. III. p. 308. Brinkmann Handelsr. p. 254.

Plan der Thüringischen Eisenbahn-Gesellsch. v. 23. Juli 1847 § 5 (ebendas. 1847 p. 290)

Privilegium über eine Anleihe der Cöln-Mindener-Eisenbahn-Gesellsch. vom 8. Oct. 1847 § 4 (ebendas. 1847 p. 364.)

Anderentheils kommen aber auch bei preußischen Eisenbahn-Gesellschaften Prioritäts-Actien vor, welche ihre Inhaber überall nicht zu Gläubigern, sondern nur zu Mitgliedern der Gesellschaft machen und zwar zu solchen, welche freilich des Stimmrechts entbehren, dagegen gewisse Zinsen prioritätisch vor den übrigen Mitgliedern zu erheben und überdies, gleich diesen, Dividenden zu genießen haben.

Solche Prioritäts-Actien finden sich namentlich bei der Rheinischen Eisenbahn-Gesellschaft und unter dem Namen: Prioritäts-Stamm-Actien u. a. bei der Niederschlesischen Bahn.

Preuß. Gesetzsamml. 1848 p. 168.

β. Daß außer Preußen und namentlich in der Geschäftssprache Süddeutschlands Prioritäts-Actien in der Bedeutung von Schuld-Urkunden vorkommen, constirt überall nicht. Vielmehr scheint in Süddeutschland sehr genau zwischen Prioritäts-Obligationen und Prioritäts-Actien unterschieden zu werden, wie davon gerade das vom Kläger beigebrachte Coursblatt den Beweis liefert, indem solche Papiere, die in Norddeutschland häufig wenigstens da, wo es auf den genauen Begriff nicht ankommt, mit dem letzteren Ausdruck bezeichnet werden, dort als Obligationen vorkommen (Appellationsgerichts-Acten Nr. 12 Rubrik „diverse Fonds", womit auch sämmtliche übrigen zu den Acten gekommenen süddeutschen Coursblätter übereinstimmen), während die jetzt streitigen Papiere dort einfach als Prioritäten aufgeführt stehen (Appellationsgerichts-Acten Nr. 12 Rubrik „Staatspapiere", indem das dahinten stehende „ditto" sich unverkennbar nur auf die darüber stehende Worte „bei B. H. Goldschmidt" bezieht.)

Vgl. auch Noback, Münz-, Maaß- u. Gewichtsbuch Heft 3 p. 209.

Hiernach kommt

b. Alles darauf an, ob nach dem übrigen Inhalte des obgedachten Programms der Kläger zu der Annahme berechtigt war, es würden unter dem Namen Prioritäts-Actien Obligationen ausgeboten. — Nun läßt es sich zwar einerseits nicht verkennen, daß der in dem Programme gebrauchte Ausdruck „Anleihe" von 5,250,000 Lire geeignet ist, dieser Annahme das Wort zu reden, da, wer einer Gesellschaft darleiht, Gläubiger derselben wird. Allein darauf, daß der Ausdruck Anleihe hier nicht im eigentlichen juristischen Verstande, sondern in dem uneigentlichen Sinne einer Vermehrung des Anleihe-Capitals durch ein Geldgeschäft mit einem zur Emittirung von Actien ermächtigten Bankhause gebraucht sei, mußte der Kläger

α. schon dadurch hingeleitet werden, daß Nichts über die bei solchen Anleihen doch jedenfalls die Regel bildende Rückzahlung gesagt war, ganz besonders aber

β. durch die im Programm enthaltene Angabe, daß die Prioritäts-Actien nicht bloß 5% Zinsen erhalten — und eine Zinse kommt bekanntlich auch häufig bei eigentlichen Actien vor, als die fructus civiles des in die Gesellschaft eingeschossenen Capitals —,

Pöhl Recht der Actien-Gesellschaften p. 233 ss.

sondern auch gleichmäßig mit den Stamm-Actien an dem Mehrertrage der Gesammtstrecke von Lucca nach Pistoja participiren, also eine Dividende beziehen würden. Denn eine Theilnahme an den Dividenden ist bei Gläubigern einer Gesellschaft, besonders wenn sie schon 5% Zinsen genießen, jedenfalls sehr auffallend und mit ihrer Stellung nicht wohl zu vereinigen, wie sie denn selbst in Preußen gezeigter Maßen nur bei eigentlichen Prioritäts-Actien, deren Inhaber nicht Gläubiger sind, stattfindet.

Hiernach stellte sich das, was unter Prioritäts-Actien im Programme gemeint sei, mindestens als sehr zweifelhaft dar. Sodann aber

2. steht dem Kläger hier die Einrede der Genehmigung entgegen. Der Kläger hat die fraglichen Original-Certificate empfangen, behalten und 1½ Jahr hindurch die Zinsen derselben erhoben und dies genügt, um ihn mit dem Grunde der Anfech-

tung des Kaufes, daß er nach dem Programme die Prioritäts-Actien für Obligationen gehalten habe, zurückzuweisen. Denn beim Empfange der Actien war es Pflicht des Klägers zu untersuchen, ob dieselben von der im Programm prädicirten Natur und Eigenschaft seien. Nur dann würde der Empfang ihm nicht präjudiciren, wenn er selbst bei pflichtmäßiger Diligenz sich darüber zu vergewissern außer Stande gewesen sein sollte. Allein davon kann hier keine Rede sein. Denn schon die Einsicht der empfangenen Original-Actien konnte bei dem Kläger über die wahre Natur derselben einen vernünftigen Zweifel nicht übrig lassen.

Es werden hier nämlich

a. die Actien actions privilegiées genannt, eine Benennung, die mehr noch als die „Prioritäts-Actien" an sich schon den Gedanken ausschließt, daß es Schuldscheine, Obligationen seien, die deren Inhaber zu Gläubigern der Gesellschaft machen.

b. Die Eigenschaft der Inhaber als wirklicher Actionäre, also Mitglieder der anonymen Gesellschaft, wird aber ganz außer Zweifel gesetzt durch die Notiz, daß dieselben in den Versammlungen gleiches Stimmrecht haben mit den Inhabern der Stamm-Actien (ainsi que les porteurs d'actions originairement émises). Denn als etwas Unerhörtes darf es bezeichnet werden, daß Gläubiger einer Gesellschaft in deren Angelegenheiten ein Stimmrecht haben. Selbst die preußischen Prioritäts-Stammactien, die den gegenwärtigen übrigens sich vergleichen lassen, entbehren, wie oben nachgewiesen, eines solchen Stimmrechts gänzlich.

c. Der auf der Rückseite der Actien abgedruckte Extract aus dem Decrete vom 8. December 1852 hat, wie es ganz gewöhnlich ist und also auch als dem Kläger bekannt vorausgesetzt werden darf, den Zweck, den Inhaber des Papiers mit allen Rechten desselben bekannt zu machen und dieser Auszug gedenkt nur des Vorzugsrechts, dessen sich die Actien in Beziehung auf die Zinsengarantie zu erfreuen haben, keines Vorzugsrechts in Beziehung auf das Capital, keines Kündigungsrechts, kurz er enthält nichts, was auch nur entfernt darauf hindeutet, daß die Inhaber Gläubiger der Gesellschaft seien.

Jedenfalls war es, wenn dem Kläger nach Einsicht der Actien über deren wahre Natur noch ein Zweifel blieb, nunmehr bei Empfang derselben seine Pflicht, sich entweder beim Beklagten als seinem Verkäufer nähere Aufklärung darüber zu erbitten oder sich diese auf anderem Wege z. B. durch Einsicht der einschlagenden Decrete zu verschaffen. Unterließ er dies, nahm er die Actien ohne Weiteres an, behielt sie Jahrelang und bezog deren Zinsen, so kann er jetzt unmöglich mit dem Vorgeben gehört werden, er habe seither, verleitet durch das Programm, die Actien für eine ganz andere Art von Papieren gehalten, als sie in Wahrheit seien. Hieraus ergibt sich denn zugleich

B. daß auch das vorige Erkenntniß, insofern es dem Kläger den Beweis nachläßt, „daß es dictum et promissum des Beklagten gewesen sei, daß die Zeichner der fraglichen Prioritäts-Actien nicht Theilhaber, sondern lediglich Gläubiger der betreffenden Gesellschaft sein würden," nicht bestätigt werden konnte; denn der völlig begründeten Einrede der Genehmigung gegenüber, kann es auf diesen Beweis nicht mehr ankommen. Ueberdies aber hat sich der Kläger wegen solches dictum lediglich auf das sogenannte Programm, nicht daneben noch auf eine besondere Zusage des Beklagten berufen.

278. Actienunterzeichnung. Anpreisung des Unternehmens.

Es kommt darauf an, ob der weitere, von den bisherigen Richtern keiner Beurtheilung unterzogene Inhalt des Programms dem Antrage des Klägers zur Seite steht. Wenn in dieser Beziehung der Kläger

1. geltend macht, daß im Programme die Stamm-Actien als ein Capital von 8,400,000 Lire betragend angegeben seien, während doch das ursprünglich intendirte Actien-Capital längst vor Ausgabe des Programms auf 3,508,000 Lire reducirt gewesen sei, so hängt dieser Punct mit dem in voriger Nummer vorgetragenen eng zusammen. Hatte nämlich der Kläger keinen Grund zu der Annahme, daß er als Inhaber der zu zeichnenden Prioritäts-Actien Gläubiger der Gesellschaft sein werde, so war ihm der wahre Betrag des ursprünglichen Stamm-Capitals nicht nur ein völlig gleichgültiger, sondern die eingetretene Reduction desselben im

Hinblick auf den Bezug von Dividenden sogar vortheilhaft und in Beziehung auf diesen Bezug findet sich die gerügte Angabe gerade im Programme.

2. Wenn ferner der Kläger sich darauf beruft, daß im Programme gesagt sei, daß nach den mit großer Genauigkeit aufgenommenen Daten auf eine Rentabilität der fraglichen Eisenbahn von bedeutend mehr als 10% zu rechnen sein dürfte, so ist dies eine im Handelsverkehre nur zu gewöhnliche, aber völlig unpräjudicirliche Anpreisung des zu Kauf gestellten Gegenstandes, von der es überdies weder vom Kläger behauptet, noch auch an sich ohne Weiteres anzunehmen ist, daß sie in der subjectiven Ueberzeugung der Unternehmer der Bahn nach den von ihnen angestellten Berechnungen jeglichen Grundes entbehrt habe, wie denn auch gar nicht zu sagen ist, ob, wenn das Unternehmen gehörig geleitet wäre, die gemachte Verheißung nicht in Erfüllung gegangen sein würde.

279. Wissentliche Verschweigung wesentlicher Mängel der verkauften Sache. Actio laesionis enormis; actio doli; actio redhibitoria; actio emti.

Es bleibt der Anfechtungsgrund übrig, welcher darin gesetzt wird, daß es im Programme heiße, den fraglichen Prioritäts-Actien seien laut Großherzogl. Decrete vom 8. Dezember 1852 und 4. März 1853 von der Toscanischen Regierung 5% per Anno auf 99 Jahre garantirt, daß aber die Bedingungen, an welche in diesen Decreten die Garantie geknüpft worden und welche jeden Zeichnungslustigen, wenn sie ihm bekannt gewesen wären, von aller Betheiligung abgehalten haben würden, verschwiegen seien. Diese aus dem Decrete vom 8. December 1852 hervorgehenden Bedingungen seien nämlich folgende:

A. Nach art. 3. seien die nicht sofort auf die Bahn verwendbaren Summen in öffentliche Cassen des Großherzogthums niederzulegen.

B. Wie aus den übrigen Artikeln hervorgehe, habe die Regierung ihre Zinsengarantie auf solche eingezahlte Summen beschränkt, welche wirklich auf die Eisenbahn verwendet seien.

C. Nach art. 1 habe die Bahn von Lucca nach Pistoja bei

ipso jure eintretendem Verluste der Concession und folglich auch der Zinsengarantie für die privilegirten Actien bis Ende des Jahres 1854 vollendet sein müssen. — Nun findet sich

ad A. eine solche Bestimmung zwar im art. 3, aber es ist die Nichtbefolgung dieser, wie anderer der Verwaltung ertheilten Vorschriften keineswegs mit dem Erlöschen der Zinsengarantie bedroht und daher nicht abzusehen, weßhalb der Beklagte verpflichtet gewesen sein soll, gerade diese Bestimmung des Decrets in sein Programm aufzunehmen. — Ferner ist

ad B. die hier erwähnte Beschränkung der Garantie überall nicht im Decrete ausgesprochen. Anlangend dagegen

ad C. die letzte Bedingung, so hat es

1. mit derselben in facto seine völlige Richtigkeit, indem im angezogenen art. 1 die Nichtvollendung der Bahn an dem angegebenen Zeitpuncte mit dem Verluste der Concession und aller mit derselben verbundenen Vortheile bedroht ist, und daß unter diesen Vortheilen auch die Zinsengarantie verstanden ist, ergibt sich von selbst aus der Allgemeinheit des Ausdrucks und aus dem Ministerialdecret vom 29. März 1855 und wird von dem Beklagten in keiner Weise bestritten. Ebenso ist

2. die große Erheblichkeit dieser Bedingung, zumal auf deren Erfüllung den Inhabern der privilegirten Actien eine unmittelbare Einwirkung nicht zustand, unmöglich zu verkennen, wie es denn ausgemacht ist, daß wegen Nichteinhaltung dieser Bedingung die Concession für erloschen erklärt und, wenn auch die Gesellschaft von Neuem dawider in den vorigen Stand eingesetzt ist, doch die Inhaber der privilegirten Actien der früher genossenen Zinsengarantie zu Gunsten einer neuen Anleihe zum größeren Theile verlustig gegangen sind. Endlich

3. hat der Beklagte wiederholt bestimmt anerkannt, bei Erlassung des Programms sich im Besitze des Decrets vom 8. Dec. 1852 befunden, also den art. 1 desselben gekannt zu haben, und er hat mithin jene Bedingung, obgleich er voraussetzen mußte, daß Jeder, der sie erfahre, großes Bedenken tragen werde, die fraglichen Papiere zu 93% zu kaufen, wissentlich verschwiegen. Es fragt sich also

4. ob und welche von den verschiedenen Klagen, mittelst welcher der Kläger seinen Anspruch auf Rescission des Kaufcontracts über die fraglichen Actien verfolgt hat, zu diesem Zwecke geeignet sind. — — — Von den in erster Instanz cumulirten Klagen ist nun

a. die auf Rescission des Kaufes wegen laesio enormis völlig verwerflich, da sie nur dann und zwar auch nach Frankfurtischem Rechte

Ref. II. tit. 2 § 8. 9

begründet sein würde, wenn die fraglichen Papiere zur Zeit des Kaufs, also am 18. April 1853 weniger als die Hälfte von 93%, wozu der Kläger sie gekauft hat, werth gewesen wären, dies aber von ihm selbst nicht behauptet und durch das vom Beklagten, besonders in zweiter Instanz, Beigebrachte, vollständig widerlegt wird.

b. Ebenso kann von der doli actio hier keine Rede sein. Denn abgesehen davon, daß sie, wenn, wie hier, erst nach zwei Jahren angestellt, nur auf den Gewinn gerichtet werden kann, den der Beklagte von seinem dolus erzielt hat,

L. 28 D., L. ult. C. de dolo malo (4, 3; 2, 21)

was der Kläger nicht gethan hat, ist dieselbe bekanntlich nur dann statthaft, wenn es an einer anderen geeigneten Klage fehlt, was, wie sich gleich zeigen wird, hier nicht der Fall ist. Zwar erscheint

c. die actio redhibitoria hier nicht als zulässig, da diese nur wegen physischer, nicht wegen juristischer Fehler der verkauften Sache zusteht, daher es keiner Entscheidung darüber bedarf, ob die dieser Klage opponirte Einrede der Verjährung begründet ist. Dagegen ist

d. die actio emti hier die völlig geeignete Klage. Denn bekanntlich kann mit dieser wegen wissentlicher, also doloser Verschweigung wesentlicher Mängel aller Art einer verkauften Sache auf das volle Interesse geklagt werden,

L. 45 D. de contrah. emt. (18, 1)

L. 13 pr. D. de act. emt. (19, 1)

und es ist klar, daß in diesem Falle, wo Papiere vorliegen, die einen bestimmten Cours haben, die Leistung des Interesse mit der

Aufhebung des Kaufs zusammenfällt, und ebenso ausgemachten Rechtens ist es, daß bei dieser an strengere Bedingungen geknüpften Klage die kurze Verjährungsfrist der actio redhibitoria nicht eintritt.

Unterholzner Verjährungslehre II. p. 344—345
v. Vangerow Lehrb. d. Pand. III. p. 368.

Zwar beruft sich der Beklagte gegen den Vorwurf eines arglistigen Verfahrens darauf,

α. daß er in seinem Programme gerade in Betreff der Zinsengarantie auf das Großherzogliche Decret vom 8. December 1852 Bezug genommen habe, welches im Monitore Toscano publicirt gewesen und auch bei ihm zu Jedermanns Einsicht offen gelegen habe. Allein binnen der kurzen am 18. April 1853 zum Einzeichnen gestatteten Frist von nur wenigen Stunden konnte der Beklagte unmöglich erwarten, daß sämmtliche Zeichnungslustige sich die Einsicht jener italienischen Zeitung, von der er überdies nicht behauptet, daß sie in Frankfurt gehalten werde und auf die er gar nicht hingewiesen hatte, werde verschaffen können; und daß das fragliche Decret bei ihm zur Einsicht vorliege, stand weder im Programme, noch behauptet er, es anderweitig zur Kunde des Publicums gebracht zu haben. Ueberdies aber und das ist völlig entscheidend, hatte er im Programme die Zinsengarantie gerade unter Hinweisung auf die Decrete so unbedingt als auf 99 Jahre ertheilt hingestellt, daß er wohl erwarten durfte, man werde sich bei dieser Angabe beruhigen und nicht näher nachforschen, wie denn ein Jeder, ohne sich einer Fahrlässigkeit schuldig zu machen, sich solcher Nachforschung füglich enthalten konnte, welcher letztere Grund denn auch dafür entscheidend ist, daß die Einrede der Billigung, welche überdies auch der Beklagte, wenigstens in erster Instanz dem jetzt fraglichen Anfechtungsgrunde gegenüber nicht speciell geltend gemacht hat, hier keine zutreffende sein würde. — Wenn ferner

β. der Beklagte sich darauf beruft, die Erlöschung, wie aller Rechte der Eisenbahngesellschaften, so namentlich der Zinsengarantieen bei Nichteinhaltung der zur Vollendung der Bahnen vorgeschriebenen Frist sei ein essentiale, jedenfalls ein naturale negotii,

welches also auch im vorliegenden Falle jeder Zeichner auf die Actien ohne Weiteres habe voraussetzen müssen, so kann immerhin zugegeben werden, daß eine solche Resolutiv-Bedingung für die Concession häufig,

Pöhls das Recht der Eisenbahngesellschaften p. 83 u. 84

und für die Garantie von Zinsen hin und wieder vorkommt, aber daraus folgt nicht, daß sie die Präsumtion für sich hat und daß nicht, namentlich in dem vorliegenden Falle, wo es sich davon handelte, einem wegen Mangel des Vertrauens in Stocken gerathenen Unternehmen fortzuhelfen, ohne Weiteres angenommen werden durfte, die Regierung habe, um demselben die erforderlichen neuen Geldmittel zu verschaffen, eine von dem Zustandekommen der Bahn unabhängige Zinsengarantie übernommen. Dagegen mußte

γ. die vom Beklagten in der Form des Ableugnens der vom Kläger aufgestellten Behauptung, erst im Jahr 1855 Kenntniß vom Inhalte des betreffenden Großherzogl. Decrets erhalten zu haben, der Klage opponirte Einrede, daß dem Kläger das Decret, also auch der art. 1 desselben, schon bei der Zeichnung und jedenfalls beim Empfange der Actien bereits bekannt gewesen sei, dem Beklagten so, wie im Urtheile geschehen, zum Beweise verstellt werden und konnte mithin die im Erkenntnisse des Stadtgerichts enthaltene Verurtheilung des Beklagten, sowohl in der Hauptsache, als hinsichtlich der Kosten erster Instanz nur unter Vorbehalt dieses Beweises wieder hergestellt werden.

CXX.

J. A. Schwarzschild Söhne, Kläger
contra
F. Sang aus Offenbach, Beklagten.

J. A. Schwarzschild Söhne klagten folgenden Wechsel aus:

£ 264. 14. London March 27. 1854

Three months after date pay to my order two hundred and sixty four pounds fourteen shillings. Value received

J. Barnard 339 Oxford-Street.

To F. Sang Esq. Architect Nr. 558 Pall Mall

Accepted payable at Ms. Coutts & Cie.

F. Sang.

in margine: Refer to the acceptor.

in dorso: Für mich an die Ordre von J. A. Schwarzschild Söhne.

J. Barnard.

Dieser Wechsel ist von dem früher in London wohnenden Beklagten anerkannt worden, der Beklagte stellt ferner nicht in Abrede, daß der Wechsel am letzten Respecttage (den 30. Juni 1854) bei den von ihm bezeichneten Zahlungsadressaten Coutts u. Comp. zur Zahlung präsentirt worden ist und diese letzteren den Wechsel nicht honorirt haben. Der frühere Inhaber des Wechsels J. Barnard hat denselben sofort auch im Domicil des Beklagten (558 Pall Mall) vorzeigen lassen, ohne jedoch Zahlung zu erlangen.

Der auf Bezahlung dieses Wechsels sammt Zinsen seit Verfall (30. Juni 1854) gerichteten Klage hat der Beklagte die Einreden opponirt

1. der Wechsel sei präjudicirt, weil der Inhaber desselben bei Verfall weder bei den Zahlungs-Adressaten Coutts u. Comp., noch auch demnächst in seinem, des Beklagten, eigenen Domicil Protest wegen Nichtzahlung habe erheben lassen.

Das erstere führe nämlich nach der Vorschrift des art. 43 der deutschen Wechselordnung Verwirkung der aus dem Wechsel abzuleitenden Rechte herbei. Sollte übrigens das Englische Recht zur Anwendung kommen, so würde der gleiche Effect deßhalb eintreten, weil zufolge desselben freilich nicht im Domicile der Zahlungsadressaten, aber — bei Nichthonorirung des Wechsels von Seiten derselben — im Domicil des Acceptanten selbst bei Vermeidung der Präjudicirung habe wegen Nichtzahlung protestirt werden müssen;

2. eventualiter, daß die Kläger Zinsen nur vom Klagetage, nicht schon vom Verfalltage an fordern dürften.

Das Stadtgericht erkannte am 8. Juli 1857:

I. der Beklagte ist schuldig, den eingeklagten Wechselbetrag von fl. — bei Vermeidung wechselrechtlicher Hülfsvollstreckung binnen 24 Stunden gerichtlich zu hinterlegen;

II. nach geschehener Deposition der Streitsumme hat Beklagter — darzuthun, „daß nach englischem Wechselrechte der eingeklagte Wechsel ein Domicilwechsel sei und in Folge der von den Domiciliaten Coutts u. Comp. aufgeschriebenen Erklärung — man wende sich an den Acceptanten — in der Wohnung des Letzteren habe präsentirt, beziehungsweise bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs an denselben protestirt werden müssen."

III. Dem Kläger bleibt — der Beweis vorbehalten, „daß nach englischem Recht der Acceptant zur Zahlung von Verzugszinsen vom Verfalltage des Wechsels an, ohne Rücksicht auf geschehene oder unterlassene Protesterhebung, verpflichtet sei."

Auf beiderseitige Appellation erkannte

1. das Appellationsgericht am 28. September 1857, daß der Beweissatz unter II. dahin abzuändern sei, „daß nach englischem Wechselrecht der eingeklagte Wechsel ein Domicilwechsel sei und, wenn die Worte „refer to the acceptor" von Coutts u. Comp. demselben hinzugefügt seien, bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs an den Acceptanten in dessen Wohnung habe präsentirt und protestirt werden müssen und daß die Worte „refer to the acceptor" von Coutts u. Comp. hinzugefügt worden seien;"

2. das Oberappellationsgericht am 31. Mai 1858, „daß das Erkenntniß des Appellationsgerichts — — wieder aufzuheben und die Kläger zu ermächtigen, den bei dem Rechneiamte beklagtischer Seits deponirten Wechselbelauf von fl. — zu erheben, auch Beklagter schuldig sei, ihnen Zinsen hierauf zu 5% seit dem 30. Juni 1854 bis zu dem Tage, wo die Hauptsumme frühestens wird erhoben werden können, sammt den Kosten erster Instanz, sowie der Hälfte der Kosten dieser und der vorigen Instanz zu vergüten, wogegen die andere Hälfte der letztgedachten Kosten compensirt werde."

280. Begriff des domicilirten Wechsels. Klage aus einem im Auslande ausgestellten Wechsel.

Kämen die Principien der deutschen Wechselordnung im vorliegenden Falle zur Anwendung, so könnte allerdings über die Nothwendigkeit sofortiger Condemnation des Beklagten kein Zweifel bestehen. Denn wenngleich der art. 43 der Wechsel-Ordnung vorschreibt, daß „domicilirte Wechsel" zur Zeit des Verfalls bei dem Domiciliaten nicht nur zur Zahlung präsentirt, sondern, bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs an den Acceptanten, auch protestirt werden müssen, so leidet doch diese Bestimmung keine Anwendung auf den vorliegenden Fall, in welchem ein domicilirter Wechsel überhaupt nicht in Frage steht. Denn ein Wechsel dieser Art mit den eigenthümlichen Folgen desselben kann nur dann als vorhanden angenommen werden, wenn der Zahlungsort ein von dem Wohnorte des Bezogenen verschiedener ist,

Wechsel-Ordnung art. 24 Abs. 1

während hier London zugleich (nach art. 4 Nr. 8) der Wohnort des Bezogenen und derjenige Platz war, wo er durch die seinem Accepte beigefügte Adresse Zahlung zu leisten versprochen hatte. Abgesehen hiervon ist es selbstverständlich, daß ein Bezogener durch eine seinem Accepte hinzugefügte Beinotirung eines gewissen Zahlungsortes die Natur des Wechsels nicht einseitig verändern, also eine einfache Tratte nicht in eine domicilirte verwandeln kann.

Protocolle der Leipziger Wechsel-Conferenz Conf. 16 ad art. 41 (43) Leipz. Ausgabe p. 86 u. 87.

Allein auf die Grundsätze der deutschen Wechsel-Ordnung kommt es hier nicht an, da nur das englische Recht das entscheidende ist. — Der eingeklagte Wechsel ist nämlich in England von einem Engländer auf eine (damals) ebenfalls in England wohnhafte und als solche in dem Wechsel bezeichnete Person gezogen. Er war ferner in England zahlbar und ist auch demgemäß „zahlbar bei einem Londoner Banquier" acceptirt worden. Die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse, welche sich aus dem Wechsel ergeben, sollte also in England ihre Erledigung finden und nur der zufällige Umstand, daß der Beklagte sich aus England entfernt und nach Deutschland begeben hat, ist die Veranlassung dazu geworden, daß deutsche Richter über die aus dem Accepte für den Beklagten abzuleitenden Verbindlichkeiten zu urtheilen haben. Nicht im weiteren Umfange, aber auch völlig so weit, wie der Beklagte in England aus dem Wechsel belangt werden konnte, sind die beklagtischen Verbindlichkeiten auch gegenwärtig anzuerkennen. — Nur die Pflicht, jedenfalls nach der Klagstellung Verzugszinsen des etwaigen adjudicandi zu vergüten, würde aus dem deutschen Rechte abzuleiten sein, sie würde aber nicht in dem Wechsel, sondern in dem Proceßverzuge ihren Grund haben.

Auf die art. 85 u. 86 der deutschen Wechselordnung — aus welchen sich übrigens materiell Nichts zu Gunsten der Kläger ergeben würde — kommt es nicht an. Sie beziehen sich nur auf solche Fälle, in welchen ein dem Auslande angehöriger oder doch in das Ausland gelangt gewesener einheimischer Wechsel vor Erledigung seines wechselmäßigen Laufes das Gebiet der deutschen Wechselordnung berührt. Dies liegt hier nicht vor. Der Umfang der gegen den Beklagten bestehenden Rechte hatte sich schon zur Zeit des Verfalls zwischen ihm und dem Inhaber des Wechsels — damals noch dem Trassanten Barnard — völlig festgestellt; auch änderte daran die nach Verfall auf die Frankfurtischen Kläger geschehene Indossirung Nichts, da sie nur als Legitimations-Act angesehen werden kann.

281. Anwendung ausländischen Rechts ohne Beweisauflage. Englischer Inlandswechsel mit Zahlungsadresse. Verbindlichkeit des Acceptanten ohne Protestlevirung.

Es hing die Entscheidung über die erste klägerische Beschwerde, mithin darüber, ob sofort zu condemniren sei oder ob es bei einem dem Beklagten nachzulassenden Beweise sein Verbleiben behalten müsse, davon ab, ob, wie die Kläger behaupten, die Sache nach englischem Rechte so klar zu ihren Gunsten vorliege, daß der deutsche Richter ohne Weiteres ein Definitiv-Erkenntniß abgeben könne. Dies mußte den vorliegenden Umständen nach angenommen werden.

Freilich ist mit der vorigen Instanz davon auszugehen, daß ausländisches Recht nicht mit zu den Gegenständen der Official-Kenntniß des einheimischen Richters gehört, daß folglich das Vorhandensein einer Bestimmung desselben, auf welche eine Parthei sich beruft, im Allgemeinen, wie etwas Factisches angesehen werden muß, mithin durch Denjenigen, von welchem das Vorbringen ausgeht, zu erweisen ist; gleichwohl können hiervon nach der einen oder anderen Seite Ausnahmen gemacht und zwar darf den Umständen nach das Bestehen oder Nicht-Bestehen des behaupteten Rechtssatzes ohne Weiteres dann angenommen werden, wenn entweder die Natur der Sache oder auch unbestrittene allgemeine Rechtssätze so entschieden für das Eine oder Andere sprechen, daß das Entgegengesetzte völlig undenkbar erschiene, oder wenn glaubwürdige Aeußerungen bewährter Schriftsteller den in Betracht kommenden Punct außer Zweifel stellen sollten. — Beides liegt hier vor. — Es handelt sich um die Behauptung des Beklagten, daß „nach englischem Rechte, wenn ein Bezogener unter der Hinzufügung einer Zahlungsadresse acceptire, der Zahlungs-Adressat aber keine Zahlung leiste, vielmehr den Wechsel-Inhaber an den Acceptanten zurückverweise, das wechselmäßige Recht des Inhabers gegen den Acceptanten erlösche, falls er nicht gegen denselben Protest Mangels Zahlung erheben lasse."

Ein solcher Satz würde abnorm sein. Proteste dienen im wechselrechtlichen Verkehre, ihrem Wesen nach nur dazu, festzustellen, daß keine von denjenigen Handlungen versäumt worden sei, welche gesetzlich zu Bedingungen der Geltendmachung des Wechsels gegen

die daraus noch Verpflichteten gemacht sind. Niemals kann es mithin eines Protestes zu dem Zwecke bedürfen, um sich nicht gegen eine schon ohnehin und unbedingt verpflichtete Person zu präjudiciren. Demnach wäre es freilich nicht unmöglich, daß das englische Recht unter den Umständen des hier in Rede stehenden Falles dem Wechsel-Inhaber zur Pflicht machte, um nicht im Verhältniß zum Acceptanten ein Präjudiz entstehen zu lassen, bei dem Zahlungs-Adressaten Protest zu erheben (in entsprechender Weise, wie dies im art. 43 der deutschen Wechsel-Ordnung in Betreff domicilirter Wechsel vorgeschrieben ist); allein um das nach der Zahlungsablehnung des Adressaten, dem Acceptanten gegenüber, unbedingt bestehende und schon vollgültige Recht des Inhabers zu conserviren — kann es auf Protesterhebung gegen diesen nicht ankommen. (Daß der Beklagte die Nothwendigkeit eines bei dem Zahlungs-Adressaten zu erhebenden Protestes nicht behauptet, vielmehr die Unnöthigkeit desselben nach englischem Rechte zugegeben hat, ist schon angeführt worden.) — Hierzu kommt Folgendes:

a. Das englische Wechselrecht verlangt Protestlevirung weit seltener, als dies von den Wechselgesetzen des Continents, insbesondere von der A. D. W.-O. geschieht. Selbst zum Zwecke des gegen den Trassanten und die sonstigen Vormänner zu nehmenden Regresses bedarf es der Protestlevirung nur in Betreff der „foreign bills" d. h. solcher Wechsel, welche vom Auslande auf England oder von England auf das Ausland gezogen sind,

Chitty and Hume treatise on bills of exchange (ed. 9) 1840 p. 40

während in Beziehung auf inländische Wechsel („inland bills") weder Protestlevirung noch auch die minder förmliche „Notirung" erforderlich ist.

Chitty and Hume p. 170, 465 u. 466

Byles treatise of the law of bills of exchange (ed. 5) 1847 p. 189

Roscoe Digest. of the law relating to bills of exchange 1829 p. 214 ss.

Erkenntniß der Juristen-Facultät Göttingen in S. Kulp c. Commercial-Bank.

(Arch. f. W.-R. Bd. 6 p. 290) cf. oben Bd. III. Nr. 182 p. 367 ss.

Wenn hieraus hervorgeht, daß der Trassant und die sonstigen Vormänner bei einem inländischen Wechsel, welcher hier vorliegt, die Verpflichtung zur Regreßleistung wegen unterbliebener Protest-Erhebung nicht ablehnen dürfen, so ergibt es sich sogleich mit Gewißheit, daß auch der Acceptant sich auf das Fehlen eines Protestes nicht berufen kann. Denn da jeder Regreß leistende Vormann das Recht hat, den Acceptanten in Anspruch zu nehmen, dies aber aus einem gegen denselben präjudicirten Wechsel nicht geschehen könnte, so beweist die Nothwendigkeit jener Regreßleistung, daß der Wechsel auch in der Hand des letzten Inhabers, obgleich wider den Acceptanten kein Protest erhoben wurde, volle Gültigkeit gegen denselben habe. Es wird übrigens

b. von Byles auch ausdrücklich anerkannt, daß der Acceptant eines Wechsels, wenn etwa der Inhaber sich durch unterlassene Protestirung gegen seine Vormänner präjudicirt haben sollte, — was nach dem oben Bemerkten überhaupt nur bei foreign bills vorkommen kann — aus dem Accepte nach wie vor vollgültig obligirt bleibt.

L. c. p. 159 „the acceptor however still continues liable."

Ja dieser Schriftsteller fügt hinzu, daß es in Beziehung zum Acceptanten nicht einmal der Präsentation zur Verfallzeit bedürfe, um die Verbindlichkeit desselben zu perpetuiren.

c. Wenn der Beklagte behauptet, hier liege kein reines Accept vor, vielmehr sei dasselbe durch die Worte „payable at Mrs. Coutts et Comp.", zu einem qualificirten geworden, so würde dies, wenn es sich so verhielte, dennoch nicht dahin führen können, den Inhaber des Wechsels unter den hier besprochenen Umständen zur Protesterhebung gegen den Acceptanten, bei Verlust des Wechselrechts, wider denselben zu nöthigen, indem denkbarer Weise nur wegen des Verhaltens zu „Coutts et Comp." Diligenz hätte angewendet und dafür, daß dies geschehen sei, durch

Protest der nöthige Beweis hätte gesichert werden müssen. — Sodann aber ist durch ein eigenes, auf diesen Gegenstand bezügliches Gesetz

1 u. 2 George IV. cap. 18

bei Meißner Codex der Wechselges. Bd. II. p. 819

Treitschke Encyclopädie I. p. 20 u. 21

ausdrücklich bestimmt, daß Zahlbarmachungen von Wechseln bei Banquiers oder anderen behufs der Zahlungsleistung aufgegebenen Personen, wenn dabei nichts besonderes bemerkt wäre (z. B. accepted payable ad Mrs. . . . . and not otherwise or elsewhere) in allen Beziehungen als reine Accepte (general acceptances) behandelt werden sollen. „Such acceptance shall be deemed and taken to be in all intents and purposes a general acceptance of such bill."

Stimmen nun mit dem Obigen auch alle sonst eingesehenen Autoren überein:

Smith mercantile law ed. Dodeswell ed. 5. 1855. p. 247 u. 257

Blackstone Commentaries ed. 25. vol. 2 (ed Sweet) 1844 p. 469 nte. 64

Tomlins law dictionary ed. 4 (ed. Grangers) 1835 voce: bill of exchange IV

Roscoe l. c. u. p. 90 ss.

und betreffend das Schottische Recht:

Thomson law of the bill of exchange. Edinburgh 1825 p. 472 u. 473

sowie das Englisch-Amerikanische Recht:

Story commentaries on the law of bills of exchange. Boston and London ed. 2. 1847 p. 281 u. 468 (p. 328 f.u. 612 f.)

so war ohne Bedenken, dem Antrage der Kläger gemäß, von der dem Beklagten nachgelassenen Beweisführung abzusehen und definitiv auf Erhebung des deponirten Wechselbelaufs Seitens der Kläger zu erkennen.

282. Zinsen geschuldeter Wechselbeträge nach englischem Rechte.

Anlangend die Zinsenforderung, so will der Beklagte dieselbe jedenfalls nur für die Zeit seit der Klagstellung gelten lassen. Er beruft sich hierbei zunächst auf den art. 99 der prov. Proc.-Ordn., welcher Verzugszinsen bei Wechselforderungen, wenn kein Protest erhoben worden sein sollte, nur vom Tage der erhobenen Klage zusprechen läßt; eventualiter bestreitet er, daß nach englischem Recht Zinsen geschuldeter Wechselbeträge schon vom Verfalltage an gefordert werden dürften.

Die erste dieser Einwendungen erledigt sich durch die Erwägung, daß der angezogene Artikel der prov. Proc.-Ordn. keine Anwendung leiden kann auf Wechselforderungen, welche im Auslande unter Ausländern vollständig zur Entstehung gekommen sind und die, wenngleich der Wechselinhaber später in die Lage kommen sollte, die Frankfurtische Urtheilsfällung anzurufen, doch völlig nach dem Rechte des betreffenden Auslandes, nicht nach Frankfurtischen Gesetzen zu beurtheilen sind, wie dies zufolge des Obigen hier geschehen muß.

Es kommt demnach auch bei diesem Puncte auf die Frage nach dem englischen Rechte an und zwar der Sachlage nach darauf, ob die Kläger noch erst den Beweis, daß das englische Recht den Acceptanten zur Zinsenzahlung seit dem Verfalltage oder doch seit demjenigen Tage, an welchem von ihnen Zahlung des Wechsels gefordert worden (was hier zusammenfällt) verpflichte, zu führen haben oder ob auch hier ohne Weiteres definitiv zu ihren Gunsten zu erkennen sei.

Nun spricht auch bei diesem Gegenstande schon nach allgemeinen Principien — insonderheit auch nach demjenigen des gemeinen Rechts — eine s t a r k e V e r m u t h u n g dafür, daß immer, wenn nur Seitens des Wechselinhabers bei oder nach Verfall Z a h l u n g g e f o r d e r t sein sollte, von dem Tage solcher Aufforderung an Zinsen vergütet werden müssen. Von diesem Zeitpuncte an befindet sich der Acceptant im V e r z u g e und der Wechselinhaber hat mithin Anspruch darauf, wegen der Entbehrung des Wechselbelaufes entschädigt zu werden.

Die abweichende Behandlung, welche dieser Punct in einigen deutschen Particularrechten gefunden hat, insofern (z. B. nach dem cit. art. 99) erst vom Tage des **Protestes** Zinsen gefordert werden können, ist singulärer Natur.

Dieser Auffassung entsprechen denn auch die englischen Schriftsteller.

Chitty and Hume l. c. p. 679 ss.

führen an, das Recht des Wechselinhabers, von dem Wechselschuldner Zinsen zu fordern, beruhe auf denjenigen Principien, welche über diesen Gegenstand in einem neueren Gesetze

3 u. 4 William IV. c. 42

niedergelegt seien und welche in der Anwendung auf Wechsel dahin gingen, daß nur dann die Vergütungspflicht cessire, wenn der Wechselinhaber in mora accipiendi gewesen sei („if the delay of payment has been occasioned by the default of the holder.") Und allgemeiner spricht dieser Autor p. 680 aus: „the acceptor of a bill and the maker of a note are liable to pay interests **without protest**." Hiermit stimmt

Byles l. c. p. 226 ss.

völlig überein, welcher schon vorher (p. 193) angeführt hatte, daß man in älterer Zeit die Protestlevirung bei inland bills deßhalb für nöthig gehalten habe, um sich **von den Vormännern** außer dem Capital auch Zinsen zu sichern. — Indessen auch hierzu sei der Protest nicht nothwendig: „subsequent and uniform practice — has settled, that a protest is superflous even for this purpose."

Daß der Umfang der Verbindlichkeit der Vormänner zugleich ein Argument für die entsprechende Verbindlichkeit des Acceptanten enthalte, ist schon hervorgehoben worden. Auch hier setzt die Verbindlichkeit der Vormänner, dem Regredienten Zinsen zu vergüten, obschon kein Protest geliefert wird, selbstverständlich voraus, daß der Acceptant ebenfalls ohne Protest zur Zinsenzahlung verpflichtet ist. — Mit dem Vorstehenden stimmen überein:

Roscoe l. c. p. 310

Story l. c. p. 468 p. 613

Kulp c. Commercialbank (l. c. p. 292) cf. Bd. III. p. 368.

CXXI.

M. Jabusch, geb. Leske dahier, Klägerin
contra
K. Leske in Darmstadt, Beklagten.

Am 4. Januar 1845 übernahm K. Leske das Haus und Geschäft seines Vaters und versprach, daß seine beiden ledigen Schwestern im Falle der Verheirathung ein Heirathsgut von fl. — erhalten sollten, welches Capital entweder von der mitcontrahirenden Mutter aus deren Separatvermögen oder von K. Leske als Abschlagszahlung auf den schuldigen Kaufpreis zu bezahlen sei. Eine der beiden Töchter, die jetzige Klägerin, verheirathete sich nach dem Tode der Mutter, und verlangte das Heirathsgut von ihrem Bruder. Die Klage wurde aber von allen drei Instanzen (vom Oberappellationsgericht am 17. Juni 1858) abgewiesen, weil das Versprechen nur für den Fall geleistet war, daß die Tochter sich bei Lebzeiten der Mutter verheirathe, und weil es sich jetzt nicht mehr um Ausstattung der Tochter, sondern um Vertheilung des Nachlasses handle.

CXXII.

E. Eliason zu Hamburg, Kläger u. Widerbeklagter
contra
M. S. Sonnemann, modo dessen Erben dahier, Beklagte u. Widerkläger.

Es handelt sich um zwei Geschäfte:

I. um ein Conto-a-meta Geschäft, welches E. Eliason mit S. Sonnemann in Frankfurt abgeschlossen habe, um eine, von

Eliason an die Handlung Sonnemann u. Neufelder in New-York gesandte Parthie Waaren in Amerika zu verkaufen. Der beklagte Sonnemann behauptet, es läge hier nur ein Consignations Conto-a Meta Geschäft vor, der Committent sei Eigenthümer der Waare geblieben und es habe nur eine gemeinsame Uebernahme der Spesen und des durch den Verkauf zu erzielenden Gewinnes bezweckt werden sollen. Er habe unter dem facturirten Preise verkaufen müssen, weil derselbe nicht zu erzielen gewesen sei und Committent der Aufforderung zur Erstattung des erhaltenen Vorschusses und der Zollauslagen nicht Folge geleistet habe;

II. um ein Commissionsgeschäft, in Folge dessen Kläger dem Beklagten Waaren nach New-York gesandt habe, um sie nach bester Einsicht zu verkaufen. Kläger verlangt hier den Preis von fl. — oder Rechnungsstellung über den Verkauf. Der Beklagte behauptet, die Waare sei zum Theil schadhaft gewesen, deßhalb habe er nur Doll. 164. 43 Cs. erlöst und die Posten 17—21 noch auf Lager, wovon jedoch noch Doll. 87. 86 Cs. an Spesen, einschließlich Doll. 59. 40 Cs. Zollauslagen in Abzug zu bringen seien.

Das Stadtgericht erkannte am 30. April 1856,

daß Beklagter modo dessen Erben unter Verwerfung ihrer Widerklage schuldig seien, — dem Kläger unbedingt

A. aus dem Conto-a-meta Geschäft den Betrag von Doll. 60. 86½ Cs.,

B. aus dem Commissionsgeschäfte

a. den Betrag von Doll. 76. 57 Cs. überall mit Verzugszinsen — zu bezahlen und

b. die Waaren von Nr. 17—21 incl. in [10] zurückzugeben.

Daß dieselben aber ferner schuldig seien, dem Kläger zu zahlen

1. aus dem Conto-a-meta Geschäfte statt der obigen Doll. 60. 86½ Cs.

a. vielmehr den Betrag von Thlr. Pr. Crt. 453. 22. 6. sammt Verzugszinsen — sie würden denn

α. durch Beibringung einer Specification des angegebenen Waarenerlöses dem Erfordernisse ordnungsmäßiger Rechnungsstellung genügen, und

β. rechtsgenügend darthun, daß Gesetz oder Handelsgebrauch zu New-York den mit Waaren-Verkauf daselbst Beauftragten berechtigte, den Verkauf auch unter dem nicht erreichbaren Verkaufs-Limitum zum Zweck der Deckung seiner Auslagen zu bewirken,

b. eventuell den Betrag von Doll. 133. 51 1/2 Cs. sammt Zinsen —, sie würden denn rechtsgenügend beweisen, daß der Zoll auf die Conto a Meta Waaren mehr als Doll. 147. 20 Cs. und wie viel mehr bis zu Doll. 292. 40 Cs. betragen habe;

2. aus dem Commissionsgeschäfte statt der obigen Doll. 76. 57 Cs. vielmehr den Betrag von Doll. 106. 7 Cs., sie würden denn darthun, daß der Zoll auf diesen Commissionswaaren mehr als Doll. 29. 90 Cs. und wie viel mehr bis zu Doll. 59. 40 Cs. betragen habe.

Dann wurde dem Kläger auf die von den Beklagten beizubringende Specification weitere Erklärung und im Uebrigen allenthalben der Gegenbeweis vorbehalten.

Auf beiderseitige Appellation erkannte

1. auf vom Kläger beantragte Actenversendung das Spruchcollegium zu B o n n am 16. Januar 1857, daß die Beklagten aus dem Commissionsgeschäfte, insofern dasselbe in dem s t a d t g e r i c h t l i c h e n Urtheile auf das Maximum von Doll. 106. 7. beschränkt worden, noch näher nachzuweisen schuldig seien, daß der stattgehabte Verkauf der vorgedachten — — Waaren nur die von ihnen angegebene Summe von Doll. 164. 43 Cs. aufgebracht habe, wobei dem Kläger vorbehalten bleibt, im Falle der Nichtbeibringung solcher Nachweise wegen des ihm in Rechnung gut zu schreibenden Werthes dieser Waaren die geeigneten weiteren Anträge zu stellen;

2. das O b e r a p p e l l a t i o n s g e r i c h t, unter Compensation der Hälfte der Kosten und unter Verurtheilung des Beklagten in die andere Hälfte, am 29. Juni 1858

A. daß, soviel das Conto-meta-Geschäft anlangt — Beklagte schuldig seien:

1. den Betrag von Doll. 60. 86 1/2 Cs. an den Kläger zu bezahlen.

2. Gegenbeweis vorbehaltlich darzuthun,

a. daß um die Zeit des geschehenen Verkaufs der in [9] der S t a d t g e r i c h t s a c t e n facturirten Waaren für dieselben nicht

mehr als Doll. 447. 43 Cs. oder welcher höhere Betrag (bis zu einem Netto-Provenü von 90 Procent der Factura-Preise) zu erzielen, auch von einem längeren Liegenlassen der Waaren kein günstigeres Resultat zu erwarten gewesen, und

b. daß der Zoll auf diese Waaren mehr als Doll. 147. 20 Cs. und wie viel mehr bis zu Doll. 292. 40 Cs. betragen habe;

B. im Uebrigen das gedachte Erkenntniß mit der Abänderung zu bestätigen sei, daß die nach demselben den Beklagten in Betreff des Commissions-Geschäftes obliegende Nachweisung auch darauf zu erstrecken sei, daß die in [10] der Stadtgerichtsacten unter 15, 3 und 12 facturirten Waaren durchnagelt und gefleckt in New-York angekommen seien.

283. Conto-a-Meta-Geschäft. Angeblich Conto-a-Meta-Verkaufsconsignation.

Kläger hat in der Klage angeführt, er habe mit der Handlung Sonnemann u. Neufelder ein „Conto-a-meta-Geschäft" eingegangen, in Folge dessen er derselben die in [9] verzeichneten Waaren zu den daselbst bemerkten Preisen zum Verkaufe für gemeinschaftliche Rechnung eingesandt und darauf eine „Einzahlung" von im Ganzen Bco. 901. 8 erhalten habe. Damit war der Inhalt des fraglichen Rechtsgeschäftes in genügender Weise bezeichnet. Mit dem Ausdruck „Conto-meta-Geschäft" verbindet der im Geschäfts-Verkehre herrschende ebenso, wie der juristische Sprachgebrauch einen ganz bestimmten Begriff. Man versteht darunter ein von zwei Personen mit durchaus gleicher pecuniärer Betheiligung gemachtes kaufmännisches Unternehmen. Selbstverständlich ist es dabei, daß wenn der eine socius die zur gemeinschaftlichen Speculation bestimmten Waaren hergibt, ihm deren Werth von dem anderen Genossen zur Hälfte entweder baar oder in Rechnung vergütet werden muß, und wenn Kläger die von Sonnemann u. Neufelder remittirten Bco. 901. 8 als von ihnen gemachte „Einzahlung" bezeichnete, so lag darin die Behauptung, daß dieser, der Hälfte des Factura-Preises der Waaren bis auf eine unbedeutende Differenz (es waren etwas über Thlr. 6. zu viel, die sich annähernd dadurch ausgleichen, daß der Disconto bei den Rimessen in Abzug zu bringen ist) gleichkommende Betrag eben

jene Vergütung gebildet habe. Nun hat der beklagtische Erblasser in der Exceptionalhandlung diesen klägerischen Angaben keinen Widerspruch entgegengesetzt — — —; der später gemachte Versuch aber, die „Conto-a-meta-Verkaufs-Consignationen" dem „Conto-a-meta-Geschäft" als eine eigenthümliche Art von Rechtsgeschäft entgegenzusetzen, welches sich von dem letzteren dadurch unterscheide, daß die Waare nicht gemeinschaftlich werde, sondern nur die Kosten gemeinschaftlich zu tragen und der durch den Verkauf sich herausstellende Gewinn — vielleicht auch der Verlust — zu theilen sei, entbehrt einer jeden Grundlage. Insbesondere ist diese abweichende Bedeutung des Geschäfts durch die Einschiebung der Worte „Consignations-Verkauf" oder „Verkaufs-Consignation" in keiner Weise genügend gerechtfertigt. Der Ausdruck „Consignation" kann auch bei dem Conto-a-meta-Geschäft dann ganz passender Weise gebraucht werden, wenn ein Europäisches Haus Waaren, die bis dahin in seinem Allein-Eigenthum gestanden, an ein überseeisches Haus sendet, damit dieses sie für gemeinschaftliche Rechnung verkaufe. — —

Allein auch abgesehen von diesen processualischen Gründen war den vorigen Gerichten darin beizutreten, daß nach Maßgabe der vorliegenden Correspondenz und der von Sonnemann u. Neufelder gemachten Rimessen das fragliche Geschäft kein anderes gewesen sein kann, als das vom Kläger behauptete reine Conto-meta-Geschäft. Es kann in dieser Beziehung auf die Entscheidungsgründe zum angefochtenen Erkenntnisse verwiesen und muß nur auf den in der Correspondenz immer wiederkehrenden Ausdruck „a-meta" ein entschiedeneres Gewicht gelegt werden, als es dort geschehen ist.

284. Conto-meta-Geschäft. Rechtsverhältnisse.

Die Beurtheilung der übrigen auf das Conto-meta-Geschäft bezüglichen Beschwerden der Beklagten, sowohl als des Klägers ist durch Beantwortung der Frage bedingt, ob Kläger nach der unter der vorigen Nummer festgestellten Natur des zwischen ihm und Sonnemann u. Neufelder obwaltenden Rechtsverhältnisses den von denselben bewerkstelligten Verkauf der fraglichen Waaren,

sowie er abgeschlossen, anzuerkennen verpflichtet oder ob er berechtigt ist, demselben seine Genehmigung zu versagen und statt des wirklichen Provenü's Ersatz des halben Facturapreises zu fordern.

Sieht man zunächst von der Bezugnahme des beklagtischen Erblassers auf das in New-York geltende Recht (cf. Nr. 285) ab, so muß die vorstehende Frage — jedoch mit einigen Modificationen — zu Gunsten des Klägers beantwortet werden.

a. Es kann zwar nicht als eingestanden angesehen werden, — — — daß zwischen Kläger und Neufelder die ausdrückliche Verabredung getroffen sei, die Waaren sollten nicht unter den in [9] der Stadtgerichtsacten facturirten Preisen — zu denen noch die von Sonnemann u. Neufelder für Zoll u. s. w. zu machenden Auslagen hinzuzuschlagen waren — verkauft werden. Gleichwohl kann darüber kein Zweifel sein, daß die Absicht der Contrahenten hierhin gegangen ist und daß also Sonnemann u. Neufelder keineswegs, wie Beklagte vermeinen, freie Haud zu einem Verkaufe der Waaren nach bestem Ermessen hatten, sondern an jene Preise dergestalt gebunden waren, daß sie nur im Falle eines Einverständnisses des Klägers oder insofern es durch das beiderseitige Interesse wirklich geboten war, einen Verkauf, der ein geringeres Netto-Provenü ergab, bewerkstelligen durften. Es ist von Sonnemann u. Neufelder durch die von ihnen bewirkte Einzahlung der Hälfte der in [9] facturirten Preise thatsächlich anerkannt, auch beklagtischerseits im gegenwärtigen Processe zugestanden, daß jene Preise von beiden Contrahenten als die den wahren Werth der Waaren bei ihrer Absendung repräsentirenden betrachtet worden sind, und es war selbstverständliche Folge hiervon, daß wenigstens diese Preise zuzüglich der Spesen durch den Verkauf gedeckt werden mußten, wenn der eigentliche Zweck des Geschäfts nicht gänzlich vereitelt erscheinen sollte. So haben auch Sonnemann u. Neufelder ausweislich der Correspondenz die Sache angesehen. — — — Hätten sie aber auch über den Umfang ihrer Befugnisse in Zweifel sein können, so war doch ein solcher Zweifel nach den klägerischen Schreiben vom 30. November 1850 und 9. April 1851, worin entschieden gegen einen Verkauf mit mehr als 10% Verlust pro-

testirt wurde, nicht mehr möglich. Sonnemann u. Neufelder erkannten hieraus die, den ursprünglichen Vertragsbedingungen jedenfalls nicht widersprechende Intention ihrer Mitcontrahenten auf das Allerunzweideutigste und können sich, wenn sie gleichwohl mit weit größerem als dem dort zugestandenen Verlust verkauft haben, nicht darauf berufen, daß sie durch den beiderseitigen Vertragswillen zu einem Verkaufe nach eigenem besten Ermessen und ohne ihnen gezogene formelle Schranke ermächtigt gewesen seien. Ebensowenig können Beklagte

b. das Verfahren von Sonnemann u. Neufelder damit rechtfertigen, daß dieselben behufs Wiedererlangung der von ihnen auf den Zoll u. s. w. gemachten Auslagen zum Verkaufe unter Limitum berechtigt gewesen wären. Eine derartige Verkaufsbefugniß setzt immer eine mora des zum Ersatze der Auslagen verpflichteten Theils voraus. An solcher aber fehlt es in vorliegendem Falle auf Seiten des Klägers gänzlich. Das im Schreiben vom 18. Mai 1851 gestellte Verlangen, daß Kläger die ihm übermachten Bco. 901. 8 remittire und die gesammten Zollauslagen (in dem überdies übersetzten Betrage von Doll. 375. 70 Cs.) ersetze, war ein durchaus unberechtigtes, mithin nicht geeignet, den Kläger in Verzug zu versetzen. Dagegen mußte

c. der Verkauf dann allerdings als gerechtfertigt angesehen werden, wenn — wie beklagtischerseits behauptet wird — der beabsichtigte Preis für die Waaren überhaupt nicht zu erzielen und von einem längeren Liegenlassen eine gänzliche Entwerthung derselben zu befürchten oder doch wenigstens kein günstigeres Resultat zu erwarten gewesen sein sollte. Das Vorhandensein dieser Voraussetzung haben jedoch Beklagten nachzuweisen, da sie sich nicht darauf berufen können, daß die Umstände wirklich der Art gewesen, um einen Verkauf zu der fraglichen Zeit und zu geringeren als den übereinkunftsmäßigen Preisen als im beiderseitigen Interesse geboten erscheinen zu lassen. Endlich kann

d. für den Fall, daß dieser Beweis mißlingen sollte, dem Kläger ein Anspruch nicht auf die volle Hälfte der Factura-Preise in [9], sondern nur auf 90% derselben eingeräumt werden. Denn in seinem Schreiben vom 9. April 1851 hat er in einen Verkauf mit

10% Verlust eingewilligt und er darf daher — wenn wirklich nicht mehr erzielt worden ist, was er gar nicht behauptet — auch die Beklagten für mehr als 90% nicht verantwortlich machen. Daß Beklagte, welche der klägerischen Forderung im Allgemeinen widersprechen, einen besonderen, den Abzug jener 10% betreffenden Einwand in erster Instanz nicht vorgebracht haben, steht der Berücksichtigung des Inhalts des gedachten, erst mit der Duplik auf die Widerklage vorgelegten Schreibens in der angeführten Richtung nicht entgegen. Kläger muß sich vielmehr diejenigen Beschränkungen seines Klagantrags, die aus einem von Ihm selbst producirten Documente sich ergeben, auch ohne besonderen deßfallsigen Antrag der Beklagten gefallen lassen.

285. Ausländisches Recht und Handelsgebrauch. Deren nähere Substantiirung.

An den Ergebnissen der vorigen Nummer wird durch das Berufen des beklagtischen Erblassers darauf, daß Sonnemann u. Neufelder zu einem Verkaufe nach Gesetz und Handelsgebrauch in New-York zur Erlangung ihrer gemachten Vorschüsse berechtigt gewesen seien, Nichts geändert und liegt insbesondere kein Grund vor, den Beklagten noch einen Beweis über ein besonderes, in der fraglichen Beziehung an dem genannten Orte geltendes Recht nachzulassen. — Abgesehen von der Frage, ob bei einer in Europa eingegangenen Societät, die allerdings ein in New-York auszuführendes Geschäft zum Gegenstande hatte, über dessen Ergebnisse aber doch in Europa (zwischen Hamburg und Frankfurt) abgerechnet werden sollte, New-Yorker Gesetz und Handelsbrauch schlechthin für entscheidend zu erachten sein würde, hat beklagtischer Erblasser die Existenz eines von dem gemeinen Rechte abweichenden dortigen Rechts mit genügender Bestimmtheit gar nicht behauptet. Denn auch nach gemeinem Rechte ist der mit dem Waarenverkaufe Beauftragte unter Umständen berechtigt, zum Zwecke der Deckung seiner Auslagen den Verkauf unter dem nicht erreichbaren Verkaufslimitum zu bewirken und daß und worin das New-Yorker Recht hier zum Besten des Beauftragten weiter gehe, ist von beklagtischer Seite nicht behauptet und darge-

legt, noch weniger irgend gezeigt, wie auch in einem Societätsverhältnisse der vorliegenden Art ein von dem gemeinen Rechte abweichendes besonderes New-Yorker Recht zur Anwendung zu bringen sein sollte.

286. Commissionsgeschäft. Beschädigung der Waare. Beweislast bei unterlassener alsbaldiger Anzeige.

Es bleibt (in Bezug auf das Commissionsgeschäft) als eigentlicher Gegenstand der Beschwerde nur die Versagung der Beweisauflage (daß in [10] unter 15, 3 und 12 aufgeführten Waaren in der von dem Beklagten angegebenen Weise beschädigt (durchnagelt, resp. gefleckt) gewesen seien) übrig und hier mußte allerdings dem Verlangen des Klägers entsprochen werden. — —

Das Provenü ist bei diesen drei Waarenposten gegen die Facturapreise so auffallend gering, daß Beklagte selbst für nöthig gehalten haben, dasselbe durch die Bemerkung, die betreffenden Waaren seien durchnagelt, resp. gefleckt gewesen, besonders zu justificiren. Bei dieser Sachlage kommt es nicht bloß auf das wirklich erzielte Provenü, sondern es kommt auch darauf an, ob die Gründe, welche für die Erlangung nur so geringer Preise angegeben sind, in Wahrheit bestehen. Die Beweislast aber trifft in dem gegebenen Falle unzweifelhaft die Beklagten, da es Sonnemann u. Neufelder in New-York, für deren Handlungen sie einzustehen haben, obgelegen hätte, sofort nach Ankunft der Waaren deren Zustand zu constatiren und dem Kläger von der angeblich eingetretenen Beschädigung Anzeige zu machen. Ob ihr gegentheiliges Verhalten nicht sogar die Zulassung zu jenem Beweise auszuschließen geeignet sei, steht nach Fassung der klägerischen Beschwerde nicht weiter in Frage.

CXXIII.

Dorothea Maria Kremenz, geb. Stamminger, modo deren Erben dahier, Klägerin u. Widerbeklagte

contra

Elisabetha Horst, geb. Schwalb von Hanau, Beklagte u. Widerklägerin.

In dem, Band III. Nr. I. mitgetheilten Rechtsfalle war Klage aus einem Miethvertrage vom 25. April 1848 erhoben worden. Die Klage war auch für ein Miethverhältniß bis zum 22. October 1850 für begründet erkannt worden, für die Ansprüche nach dem 22. October 1850 aber verworfen worden, weil mit diesem Tage ein neuer Miethvertrag zum Abschluß gekommen sei. Klägerin klagt nun aus diesem letzteren Vertrage; die Beklagte opponirt die exceptio rei judicatae, die aber gleichmäßig in allen drei Instanzen verworfen wurde. Das Oberappellationsgericht erkannte am 13. Juli 1858 zugleich auf eine Strafe wegen Mißbrauch des Rechtmittels.

CXXIV.

Die Geschwornen der Chirurgen-Innung, Kläger

contra

Johann Peter Kettler dahier, Beklagten.

In Frankfurt mußte nach art. 15 der Statuten der Chirurgen-Innung und § 65 der Medicinal-Ordnung von 1817 derjenige, welcher die Wundarzneikunde ausüben will, ohne Arzt zu sein, sich in den Besitz einer der hiesigen Barbiergerechtigkeiten setzen und sein Staatsexamen machen. J. P. Kettler verkaufte seine Barbiergerechtigkeit, übte aber trotzdem die Wundarzneikunde

fernerhin aus. Die Innungsgeschworenen erhoben Klage und beantragten, daß dem Beklagten jene Ausübung untersagt werde. Der Beklagte behauptete, daß durch die neue Medicinalordnung von 1841 die Ausübung der Wundarzneikunde für die Chirurgen erster Klasse von dem Besitze einer Barbiergerechtigkeit nicht mehr abhängig sei. Diese Medicinalordnung verordnet aber nur, daß die eigentliche Wundarzneikunde künftighin nur von geprüften Aerzten ausgeübt werden und mit dem Barbiergewerbe nicht mehr verbunden sein solle; sie gibt nur transitorische Bestimmungen für die Wundärzte erster Klasse, so lange deren noch bestehen, ohne an den Erfordernissen derselben etwas zu ändern.

Das Stadtgericht erkannte am 13. Februar 1857:

1. Beklagter hat sich, so lange er sich nicht in den Wiederbesitz einer der hiesigen Barbiergerechtigkeiten gesetzt hat, der Ausübung der Wundarzneikunde ihrem ganzen Umfange nach zu enthalten;

2. die Kosten dieses Rechtsstreites werden in Anbetracht, daß es sich hier um Auslegung der Gesetze handelt und Beklagter nicht als muthwilliger Streiter erscheint, gegeneinander verglichen und aufgehoben. — — —

Auf Appellation des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben in die Kosten dieses Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 11. Mai 1857,

Oberappellationsgerichte am 15. Juli 1858.

287. Auslegung der Gesetze. Unvollkommener Ausdruck des Gesetzes bei erwiesenem Willen des Gesetzgebers.

Die Ansicht des Beklagten, es komme nur auf den Wortlaut der unter dem 21. Juli 1841 publicirten neuen Medicinalordnung, nicht auf den Inhalt der der Erlassung dieses Gesetzes vorausgegangenen Entwürfe und Verhandlungen an, verdiente keine Billigung. Es ist unzweifelhaften Rechtens, daß der erwiesene Wille des Gesetzgebers dem unvollkommenen Ausdrucke desselben vorgeht.

Savigny System I. p. 230 ss.

CXXV.

Margaretha Reß, geb. Mercator dahier, Klägerin contra ihren Ehemann J. C. Reß dahier, Beklagten.

Die Klägerin hatte zu beweisen, daß ihr Ehemann sie in der Zeit vom 1. November 1855 bis 25. April 1857 zu wiederholten Malen thätlich mißhandelt habe. Auf geführte Beweisverhandlungen erkannte das Stadtgericht am 30. November 1857, daß für den Fall, daß Klägerin den Erfüllungseid ausschwöre, die fragliche Ehe in bürgerlicher Hinsicht dem Bande nach geschieden, Beklagter für den schuldigen Theil erkannt und in alle damit verbundenen Rechtsnachtheile verurtheilt, ihm auch die Eingehung einer anderweiten Ehe untersagt sei. Auf Appellation des Beklagten wurde dies Urtheil vom Appellationsgerichte am 15. März 1858 bestätigt, vom Oberappellationsgerichte am 21. September 1858 unter Compensation der Hälfte der Kosten zweiter und dritter Instanz und Verurtheilung des Beklagten in die andere Hälfte nur in dem einen Puncte abgeändert, daß dem Ehemann die Eingehung einer anderweiten Ehe nicht verboten wurde.

288. Ehescheidungsstrafe. Verbot an den schuldigen Theil, sich wieder zu verheirathen.

Es mußte dem ferneren Verlangen des Beklagten, die Eingehung einer anderweiten Ehe ihm nicht zu untersagen, entsprochen werden. Ein derartiges Verbot hat nämlich gegenwärtig die Natur einer Strafe, deren Zuerkennung von richterlichem Ermessen abhängt. In dem vorliegenden Falle aber konnte es nicht als gerechtfertigt erscheinen, eine solche auszusprechen. Denn wenngleich der Ehemann den Ausführungen unter I. zufolge als der schuldige Theil zu betrachten ist, so ließ sich gleichwohl die Ehefrau nicht von allem Verschulden bei Führung ihrer Ehe freisprechen. Es hat nämlich

a. die Zeugin G. angegeben, daß der in ihrer Gegenwart wiederholt stattgehabte Streit unter den Ehegatten immer von Beiden ausgegangen sei und Beide sich immer gegenseitig geschimpft hätten.

b. u. *c*. (Aehnliches haben die Zeugen H. und Ehefrau und G. und Ehefrau ausgesagt.)

CXXVI.

Friedrich Däms dahier, Kläger
contra
die Geschwister Jassoy und Frau Antonie Helgers, geb. Däms, als Vormünderin ihrer Kinder, Beklagte.

Der Kläger hat das Testament seines väterlichen Oheims Johann Georg Christian Däms wegen der Art und Weise der geschehenen Erbeinsetzung und wegen getroffener fideicommissarischer Bestimmungen als ungültig und nichtig angefochten und dessen Aufhebung beantragt. Kläger wurde mit seiner Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und in sämmtliche Kosten verurtheilt vom

Stadtgerichte am 26. Juni 1857,
Spruchcollegium zu Erlangen am 12. April 1858,
Oberappellationsgerichte am 8. September 1858

289. Erbeinsetzung. Unzweifelhafte Bezeichnung des Erben.

Der Kläger hat das Testament seines väterlichen Oheims

1. um deßwillen als nichtig angefochten, weil er die in solchem enthaltene Erbeinsetzung*) den Vorschriften von Ref. IV.

---

*) § 1. des Testamentes lautet: Als Erbe ernenne ich

1. zu einem halben Theile die ehelichen Kinder meiner Nichte Auguste Jassoy,

2. zu dem anderen halben Theile die ehelichen Kinder meiner Nichte Antonie Helgers.

Einem jeden meiner ernannten Erben sollen seine ehelichen

tit. 3 § 1 und IV. tit. 9 § 4 nicht für entsprechend erachtet. Wenn nun in der ersten Stelle vermöge der Rechte ein Testament für nichtig erklärt wird, welchem die Benennung und Einsetzung eines Erben fehlt, und wenn in letzterer, als Grund der Nichtigkeit eines Testaments, der Umstand bezeichnet wird, daß darin gar kein Erbe, weder ausdrücklich, noch sonst merklich und verständlich instituirt und benannt sei, so hat durch diese Vorschriften offenbar nur dasjenige wiederholt werden sollen, was in dem römischen Rechte über die Einsetzung und Bezeichnung von Erben verordnet ist. Das römische Recht hat nun in Betreff von letztwillig zu bedenkenden Personen die Vorschrift, daß eine unzweifelhafte Bezeichnung derselben genügend sei, um das ihnen Zugedachte als rechtsbeständig erscheinen zu lassen. Daher wird in L. 9 § 8 D. 28, 5 eine Erbeinsetzung für rechtsbeständig erklärt, wenn Jemand den Namen des Erben nicht ausspricht, sondern ihn nur mittelst eines unzweifelhaften Merkmals bezeichnet. Ebenso wird es in L. 34 pr. D. 35, 1 für gleichgültig erklärt, ob man bei der Hinterlassung eines Vermächtnisses den Namen des Bedachten anführt oder ihn nach seiner Person, der Art seiner Beschäftigung, seines Amtes, seiner Blutsverwandtschaft oder Verschwägerung kenntlich macht, indem eine solche Kundgebung die Stelle des Namens vertreten soll. Diesen Vorschriften entspricht aber die im § 1 des Testaments enthaltene Erbeinsetzung vollständig, da es absolut klar ist, welche Personen zur Zeit der Errichtung des Testaments die Kinder von Auguste Jassoy und Antonie Helgers, den Geschwistern Däms, gewesen sind. Ebensowenig aber läßt sich

2. die Möglichkeit, daß nach errichtetem Testamente von den gedachten Schwestern noch weitere Kinder geboren werden könnten, dazu benutzen, die Erbeinsetzung als ungewiß und um deßwillen als unwirksam darzustellen. Nicht die Personen, sondern nur die

directen Nachkommen nach gleichen Stammtheilen in der Erbschaft folgen. Wenn keine der Vorgenannten diese meine Erbschaft antreten wollten oder könnten, so soll der Fiscus der Stadt Frankfurt mein Erbe sein, jedoch alle hierin vorgeschriebenen Verpflichtungen und Verwendungen genau befolgen.

ihnen zufallenden Quoten würden dadurch ungewiß geworden sein, wenn nach errichtetem Testamente von Auguste Jassoy und Antonie Helgers bei Lebzeiten des Testirers noch Kinder geboren sein sollten, was jedoch nicht der Fall gewesen ist.

290. Erbeinsetzung. Errichtung eines Fideicommisses. Aufhebung des Fideicommisses durch ein Gesetz.

Einen zweiten Anfechtungsgrund findet der Kläger darin, daß der Rechtsbestand der Erbeseinsetzung an die Fortdauer des Fideicommisses*) als wesentliche Voraussetzung geknüpft, jener Fort-

---

*) § 3 des Testaments lautet:

Damit den directen Nachkommen, Kindern und Kindeskindern der obengedachten zu meinen Erben eingesetzten Enkel und Enkelinnen meines seeligen einzigen Bruders C. A. F. Däms bis in die spätesten Zeiten, soweit es der menschlichen Voraussicht möglich ist, ein dauernder Wohlstand erhalten werde und ihnen bei allen Wechselfällen des Glücks ein gegen Mangel und Nothstand schützendes jährliches Einkommen gesichert bleibe, errichte ich hiermit unter dem Namen

„Georg Däms'sche Erbstamm-Stiftung"

für die sämmtlichen directen ehelichen Nachkommen meiner vorbenannten Bruders-Enkel und Enkelinnen bis zu deren ganzen Erlöschung ein ewiges Familien-Fideicommiß und sollen meine in dieser Hinsicht, wie folgt, getroffenen Anordnungen zu allen Zeiten fest und unverbrüchlich gehalten werden.

Als Grundstock dieser Stiftung bestimme ich

1. meine an der Zeil belegenen Behausungen D. 29 und 30.

2. Ein Capital von fl. 150,000 oder so viel weniger, als nach Bezahlung der Legate und etwaiger Schulden von meinem Nachlasse mit Ausnahme aller Mobilien, Kunstsachen, Zeichnungen, Kupferstiche, Gemälde u. s. w., deren Veräußerung hiermit ausdrücklich verboten wird, noch übrig bleibt.

— — — Die Verwaltung dieser Stiftung soll von zwei Personen, einem Rechtsgelehrten und einem Kaufmanne geführt werden. — — —

Die Verwendung des Nutzertrags hat, wie folgt, zu geschehen:

1. Ein Hunderttheil soll jährlich zum Hauptstock geschlagen werden. Nur insofern einer der directen Nachkommen meiner Erben einer besonderen Unterstützung bedürfte, darf dieser Theil dazu verwendet werden.

bestand durch Gesetz vom 28. März 1848 (die Aufhebung der Fideicommisse betr.) gehindert, die Voraussetzung und mithin auch die Erbeseinsetzung hinweggefallen sei. Allein

---

2. — — Gulden jährlich der Verwaltung.
3. a. — — Gulden jährlich — — Ludwig Wilhelm Jassoy.
   b. — — Gulden jährlich — — Georg Helgers, mein Taufpathe.
   c. — — Gulden jährlich — — Georg Herzog, mein Taufpathe.

Wenn einer dieser Vorgenannten bei meinem Tode noch minderjährig ist, so soll diese Rente bis zu seiner Großjährigkeit ihm nicht baar ausbezahlt, sondern vielmehr gutgeschrieben, bezüglich der verfallenen Beträge mit drei vom Hundert verzinst und diese ganze Summe ihm bei seiner Großjährigkeit, falls er verwaltungsfähig, ausbezahlt werden und so er diese nicht erlebt, an die Stiftung zurückfallen. Diese Rente erlöscht bei den zwei ersten mit ihrem Tode, in Bezug auf meinen Taufpathen Georg Herzog aber nur mit dem kinderlosen Ableben desselben. Stirbt derselbe aber mit Hinterlassung ehelicher Nachkommen, so vererbt sich diese Rente auf den jedesmaligen ältesten Sohn in der directen männlichen Linie. Erlischt diese, so tritt die nächste männliche oder weibliche immer nur in absteigender Linie bis zu deren gänzlicher Erlöschung ein.

4. Der hiernach verbleibende noch übrige Nutzertrag meiner Stiftung soll zu einer Hälfte an die Kinder und deren Nachkommen von meiner Nichte Auguste Jassoy und zur anderen Hälfte an jene von Antonie Helgers fallen. Der auf jede Hälfte kommende Theil ist immer in absteigender Linie, später stammweise zu vertheilen. Ist ein Hauptstamm ausgestorben, so erhält der andere das Ganze, stirbt auch dieser aus, so erben den ganzen Hauptstock nachfolgende vier milde Stiftungen, als

a. das Waisenhaus sechs Vierzehntheile;
b. der allgemeine Almosenkasten vier Vierzehntheile;
c. die Kleinkinderschule drei Vierzehntheile;
d. das Christ'sche Kinderhospital ein Vierzehntheil.

Jede derselben hat den auf sie fallenden Theil als ein besonderes, unter meinem Namen fortbestehendes Capital zu verwalten und die Zinsen zu ihren Zwecken zu verwenden. Caution, Sicherheitsleistung hierfür oder wie solches Namen haben möge, darf auf keine Weise von der Verwaltung, noch sonst Jemanden verlangt werden.

— — — —

(Dieses Testament wurde durch spätere Codicille ergänzt.)

1. läßt sich nicht mit Bestimmtheit annehmen, die Voraussetzung des Testirers sei gänzlich weggefallen. Sein Zweck war gerichtet auf Erhaltung des Wohlstandes gewisser, auf Beseitigung von Mangel bei allen Familiengliedern und zwar zu allen Zeiten. Dieser letzte Zusatz kann bei menschlichen Anordnungen selbstverständlich nur die Bedeutung haben, so lange als möglich; und diese Möglichkeit kann durch physische, wie durch juristische Hindernisse, zu denen das Gesetz vom 28. März 1848 zu zählen ist, beschränkt werden. Mit dem Erscheinen eines solchen Gesetzes ist also keineswegs die Absicht eines Testirers beseitigt, sondern nur beschränkt. Aendert er nach Erlaß des Gesetzes also seinen Willen nicht, so läßt sich keineswegs sagen, dieser sei dadurch ungültig geworden. Denn entweder kannte der Testirer das neue Gesetz nicht und würde, wenn er es gekannt hätte, seine Bestimmungen entweder geändert oder beim Alten gelassen haben, oder er kannte das Gesetz, unterwarf sich dessen Folgen und zweifelte an dessen wirksamem Fortbestande. Bei diesen verschiedenen Möglichkeiten ist es unstatthaft, eine derselben herauszugreifen und ohne Unterstützung durch sonstige thatsächliche Momente als die allein richtige zu bezeichnen und zwar um so mehr, als es an sich unwahrscheinlich ist, daß ein, acht Jahre vor dem Tode des Erblassers promulgirtes und binnen Jahresfrist nach Errichtung seines Testamentes von der gesetzgebenden Versammlung bereits beschlossenes Gesetz dem Testirer unbekannt geblieben sein sollte. Wollte man indessen auch annehmen, es sei eine Voraussetzung des Testirers bei Errichtung seines letzten Willens nicht in Erfüllung gegangen, so würde

2. daraus doch noch keineswegs folgen, daß die Erbeinsetzung um deßwillen nichtig sei. Zuvörderst nämlich ergibt sich

a. aus der Fassung des Testaments, daß die Erbeinsetzung eine unbedingte ist. Der ewige Rechtsbestand der beabsichtigten Erb-Stammstiftung ward nicht als die Bedingung hingestellt, unter welcher der Testirer die vorliegende Einsetzung angeordnet hat. Wäre dies der Fall und die Bedingung hinweggefallen, so würde damit auch die Erbeinsetzung vernichtet sein. Vgl. z. B. § 31 J 2, 20.

Ebensowenig läßt sich

b. aus dem Testamente und seinen Nachträgen mit ausdrücklichen Worten ersehen, daß die Errichtung der Erbstammstiftung und zwar auf ewige Zeiten das Motiv gewesen sei, welches den Testirer gerade zu dieser Erbeinsetzung veranlaßt habe. Wäre dies der Fall, so würde nur noch der Beweis erforderlich sein, das gedachte Motiv sei für den Testirer das einzige gewesen. Allein von dem Allen findet sich Nichts weder in dem Testamente, noch in dessen Zusätzen. Es kann daher

c. nur darauf ankommen, ob die Behauptung, die Errichtung einer immerwährenden Erbstammstiftung sei das einzige Motiv der vorliegenden Erbeinsetzung gewesen, sich aus sonstigen Umständen, insonderheit wie hier versucht worden ist, aus dem Testamente und seinen Nachträgen mit Sicherheit ergibt. Bei dieser Untersuchung durfte aber nicht unerwogen bleiben, daß selbst in den Fällen, wo die Quellen des römischen Rechts eine falsche causa zur Beseitigung einer Disposition für ausreichend erachten, der Einfluß des Motivs ganz evident ist und daß selbst in diesen Fällen nur aus Gründen der aequitas der an sich rechtsbeständige Wille beseitigt wird — es also bei Prüfung des Einflusses eines irrigen Motivs großer Vorsicht bedarf.

Das Testament selbst bietet nun bei einer unbefangenen Betrachtung in Verbindung mit seinen Nachträgen folgenden Gedankengang des Testirers. Juristische Verpflichtungen hatte derselbe zur Zeit der Errichtung seines Testamentes gegen keinen unter seinen gesetzlichen Erben. Wollte er sie also nicht als solche zu seiner dereinstigen Erbschaft berufen wissen, so hatte er die Befugniß, statt ihrer diejenigen Personen einzusetzen, welche ihm die liebsten waren, oder unter Einsetzung einer vorhandenen, resp. zu schaffenden juristischen Person seinem Andenken eine bleibende Erinnerung zu schaffen. Er suchte beide Wege mit einander zu verbinden. Aus seinem letzten Codicille in Verbindung mit § 1 und 2 des Testaments ergibt sich, daß der Testirer sich nicht von der Anschauung, nach welcher das Vermögen einer Person bei deren Tode vorzugsweise der Familie angehört, entfernen wollte. Fremde sind überall nicht in erster Linie zu seinem Nachlaß als Erben berufen. Bei der Auswahl unter seinen Verwandten scheint

er von dem Gesichtspuncte ausgegangen zu sein, diejenigen vorzugsweise zu bedenken, deren Zukunft einer Sicherstellung bedurfte und deren ihm gewiß bekannte Vermögensverhältnisse hierzu den Anlaß gaben. Seine Nichten waren insgesammt versorgt, sein Neffe bis dahin ohne Nachkommenschaft, mit dem Apotheker Jassoy scheint er in näheren Verhältnissen gestanden zu haben. Nichts war also natürlicher, als daß er dessen Stamm und den seiner Pathin Antonie Helgers vornämlich in's Auge faßte und die Nachkommenschaft gedachter Personen zu seinen Erben einsetzte, wie solches im § 1 des Testaments mit klaren Worten geschehen ist. Der zweite Gedanke, welcher ihn leiten mochte, war der, auch sein Andenken auf die Nachwelt zu bringen: er erreichte dieses, wenn er seinen Nachlaß mit einem Fideicommiß belegte, Verwalter desselben verordnete und die Revenüen den eingesetzten Erben zufließen ließ. Der Ausführung dieses Gedankens ist der § 3 des Testaments gewidmet. Er kannte seinen Nachlaß sicherlich ganz genau: dieser bestand aus einigen Immobilien, Mobilien und Forderungen. Er vertheilte den Nachlaß in der Weise, daß er von letzteren einen Theil zu Singularvermächtnissen bestimmte, § 4 und Codicill vom 10. December 1854 nebst § 6 und Codicill &c.; die Mobilien mit Ausnahme der der Stadt Frankfurt hinterlassenen Gemäldesammlung (§ 5 &c.) seines Bruders Kindern im Codicille vom 15. October 1852 zur Realtheilung überließ; aus den Immobilien dagegen und dem Rest der Forderungen den Fond für seine Stiftung bildete. Es ist wahrscheinlich, daß er diesen Gedanken bereits bei Errichtung des Testaments gehabt hat, indem man annehmen darf, daß er in den Worten des § 3 Nr. 2 „fl. 150,000 oder so viel weniger" als genauer Kenner seines Vermögens den Maximalbetrag seiner Forderungen bezeichnen wollte, jedenfalls aber ist, nachdem im Codicill vom 15. October 1852 der Rest der Mobilien, welcher nach dem Testamente den eingesetzten Erben zugefallen sein würde, den Bruders-Kindern zugewiesen und nach Codicill vom 10. Januar 1854 auch der Ueberschuß von 150,000 zu der Erbstammstiftung geschlagen war, entschieden, daß das gesammte, nach Abführung der Singularvermächtnisse übrig bleibende Vermögen Gegenstand der Verwaltung

ebengedachter Stiftung hat sein sollen. Ergibt sich nun aus dem Bisherigen, daß der Testirer beide Gedanken zu realisiren wußte, so deutet doch kein Wort darauf hin, daß er die Absicht gehabt habe, in dem Fall, daß der eine derselben nicht vollständig in's Leben treten könnte, der andere von ihm aufgegeben werde. Auch ergibt sich hierfür nichts aus den ferneren Codicillen — — —. Dem mit Testamentsgedanken in seinem hohen Alter vorzugsweise beschäftigten Erblasser wird natürlich auch die Erwägung nicht entgangen sein, daß durch seine Verfügung zwar den zu Erben eingesetzten Stämmen die Wohlhabenheit erhalten bleibe, sehr wohl aber der Fall eintreten könne, daß Nachkommen des Dr. Herzog, von denen er nur für seinen Pathen Georg durch — ein Vermächtniß gesorgt hatte und etwaige Nachkommen des jetzigen Klägers in dürftige Umstände verfielen. Der Beseitigung dieser Möglichkeit sind die obgedachten Verfügungen, in denen die fortschreitende Absicht des Testirers, auch den ebengedachten Personen möglichst gerecht zu werden, hervortritt, gewidmet. Allein nichts weist in demselben darauf hin, daß es der Wille des Testirers gewesen sei, von der Erbeinsetzung abzusehen, falls nicht seine Familienstiftung in vollem Umfange ins Leben trete.

Uebrigens würde selbst dann, wenn die Ansicht, die Modification der Familienstiftung durch das Gesetz von 1848 sei ein Grund die im § 1 ersichtliche Erbeinsetzung zu beseitigen, irgend zu billigen wäre, der Kläger seinen Zweck nicht erreichen, da alsdann die Erbschaft nicht den gesetzlichen Erben, sondern dem Fiscus der Stadt Frankfurt anheimfiele, indem absolut gar nichts darauf hinweist, daß dessen Substitution mit der Erbstammstiftung in irgend einer Beziehung stehe. Dieser Fiscus hätte, da die Wirksamkeit der in § 10 enthaltenen Codicillarclausel keinem rechtsbegründeten Zweifel unterliegt, die Erbschaft den eingesetzten Erben als Universalfideicommissaren herauszugeben und damit wäre, zumal in Beihalt obgedachten Gesetzes ein den Absichten des Klägers noch weniger günstiges Ergebniß erzielt.

— — — —

Die Erbeinsetzung soll auch um deßwillen rechtsunbeständig sein, weil die Däms'sche Erbstammstiftung und nicht die Kinder

von Auguste Jassoy und Antonie Helgers zu Erben eingesetzt seien; jene Einsetzung einer noch nicht in's Leben gerufenen Stiftung aber den Rechten nach unzulässig sei. — Diese letzte Frage bedarf indeß hier keiner Erörterung; denn es liegt klar zu Tage, daß die gedachte Stiftung nicht zur Erbin eingesetzt ist, sondern nur als Vermächtnißnehmerin auftritt, mit der Verpflichtung, von den Einkünften diejenige Zahlung an die Erben zu machen, welche der Testirer näher regulirt hat.

291. Erbeinsetzung. Simulation auf unrichtige Schlußfolgerungen gegründet.

Es soll auch die Erbeinsetzung um deßwillen zu Recht nicht bestehen können, weil sie simulirt sei und der Kläger verlangt, daß er jedenfalls zum Beweise dieser Behauptung zugelassen werde. Allein abgesehen von der Frage, in wie weit Simulation als Anfechtungsgrund letztwilliger Verfügungen rechtlich in Betracht komme, so ist doch

a. der nach obiger Ausführung auf Grund der Absicht des Testirers eintretende Umstand, daß die Erben von der Substanz der Erbschaft direct nichts erhalten sollen, nichts weniger als geeignet, die Einsetzung selbst als simulirt darzustellen. In vielfachen Anwendungen hat das römische Recht den Grundsatz anerkannt, daß eine Erbeinsetzung, von welcher dem heres nichts als dieser Name bleibe, um deßwillen nicht ungültig werde. Bei der entgegengesetzten Annahme wäre es unmöglich, einen Erben mit einem Universalfideicommiß zu belasten und den Abzug der trebellianischen Quart zu verbieten, was doch gemeinrechtlich zulässig ist. Ebensowenig aber darf

b. das Vorhandensein einer Simulation zum Beweis verstellt werden. Zwar hat das Oberappellationsgericht wiederholt sich zu dem Satze bekannt, die bloße Behauptung einer Simulation rechtfertige eine solche Beweisnachlassung und es bedürfe keiner besonderen Substantiirung. Allein nicht minder ist auch der Satz ausgesprochen, von jener Beweisnachlassung könne dann nicht die Rede sein, wenn erhelle, daß die Parthei, welche das Vorhandensein einer Simulation behauptet, durch unrichtige Schlußfolgerungen zu dieser Behauptung gelangt ist.

292. Frivolitätsstrafe.

Von der Grundlosigkeit seiner Ansprüche ist Kläger und sein Anwalt jedenfalls durch die im Wesentlichen zutreffenden Gründe der vorigen Erkenntnisse unterrichtet worden und war demnach die aus dem Urtheile ersichtliche Frivolitätsstrafe wider jeden derselben zu erkennen.

CXXVII.

Hermann Epstein in Bockenheim, Intervenient
contra
Johann Mertens dahier, Interventen
ad causam
Johann Mertens dahier, Impetranten
contra
Israel (genannt Julius) Epstein zu New-York, Impetraten.

Jacob Epstein starb am 14. Jan. 1855 dahier mit Hinterlassung eines Testamentes, in welchem sein Bruder Israel (genannt Julius) Epstein als Miterbe berufen war. Der letztere, zu New-York wohnhaft, errichtete daselbst am 5. Febr. 1855 einen Cessionsact folgenden Inhalts: „Den ihm rechtlich anerfallenen und gebührenden Erbantheil an fraglicher Verlassenschaft des Jakob Epstein überträgt und verkauft andurch der Herr Comparent Julius Epstein dem Herrn Hermann Epstein activ und passiv mit allen Rechten und Verbindlichkeiten in förmliches und unwiderrufliches Eigenthum und weist ihn hiermit in den Besitz des ganzen also cedirten Verlassenschaftsantheils ein, möge dasselbe in beweglichem oder unbeweglichem Vermögen, Ausständen, Waaren oder Geld bestehen, um denselben kraft des ihm übertragenen Rechts zu liquidiren und nach eigenem Ermessen darüber zu ver-

fügen. — Ebenso ist der Cessionar auch verpflichtet, alle Verpflichtungen, die auf fraglicher Verlassenschaft ruhen, für die ihm übertragene Betheiligung des Cedenten allein zu übernehmen. — Der erwähnte Erbschaftsverkauf und Uebertrag hat für und um eine Aversionalsumme von fl. — stattgefunden, für welche zwischen den Partheien eine Berechnung und Ausgleichung vertragsmäßig erfolgt ist. — Soweit es dem Herrn Hermann Epstein rathsam erscheint, als Bevollmächtigter des Cedenten in fraglichem Nachlaße aufzutreten, hat derselbe hierzu volle Befugniß und Comparent gibt ihm hierdurch General- und Special-Vollmacht ꝛc. — — — Es war zugleich erschienen Herr Leopold Wickert, bürgerlich ansässig in New-York, welcher erklärte, daß er sich als Bevollmächtigter des Cessionars darstelle und obige Erklärung und Erbschafts-Cession utiliter acceptire."

Diesen Cessionsact ließ Hermann Epstein den Testamentsexecutoren des Jakob Epstein, in deren Händen sich der unvertheilte Nachlaß befand, am 9. März 1855 gerichtlich notificiren.

Am 26.—30. März 1855 erwirkte die Handlung Johann Mertens (gleichzeitig mit den in den folgenden Fällen Genannten) wegen einer ihr gegen Israel (Julius) Epstein (durch Cession) zustehenden Forderung Realarrest auf den in den Händen der Testaments-Executoren befindlichen Erbtheil des Israel (Julius) Epstein. Letztere erklärten, daß dieser Erbtheil laut ihnen notificirten Cessionsactes bereits dem Hermann Epstein abgetreten sei. Hierauf trat Hermann Epstein interveniendo auf, die Aufhebung des Arrest auf dies ihm gehörende Arrestobject zu erzielen.

Das Stadtgericht erkannte am 24. August 1855 auf Beweis:

1. des Intervenienten entweder:

a. daß Leopold Wickert zu der laut 17 geschehenen Acceptation von dem Intervenienten beauftragt gewesen, oder

b. daß Intervenient diese Acceptation später und vor der am 26. resp. 28. März 1855 geschehenen Arrestanlegung ratihabirt habe;

2. des Interventen entweder:

a. daß die fragliche Erbschaftsveräußerung nur zum Scheine geschehen, oder

b. daß zur Zeit der Erbschaftsveräußerung Israel (Julius) Epstein überschuldet und dies dem Cessionar bekannt gewesen.

Auf beiderseitige Appellation und vom Interventen beantragte Actenversendung wies das Spruchcollegium zu Bonn am 11. August 1856 die Intervention ab, während auf Appellation des Intervenienten das Oberappellationsgericht am 30. September 1858, unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz dahin erkannte, daß der von dem Stadtgerichte auf das Erbtheil des Israel, genannt Julius Epstein, am 30. März 1855 gelegte Arrest zu relaxiren sei, es könnte und wollte denn Intervent unter Vorbehalt des Gegenbeweises darthun: entweder, daß die Cession vom 5. Februar 1855 nur zum Scheine geschehen sei, oder daß Israel (Julius) Epstein am 5. Februar 1855 überschuldet gewesen, die Erbschaftsveräußerungen in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, vorgenommen und entweder, daß Intervenient um jene Absicht gewußt habe oder daß ihm gedachte Erbschaft unentgeltlich überlassen sei.

293. Cession eines ganzen Erbtheils.

Es läßt sich den Gründen zum vorigen Urtheil in der Ausführung nicht beipflichten, die Cession vom 5. Februar 1855 sei dem Intervenienten gegenüber ohne rechtliche Bedeutung.

Müßte man dieses Rechtsgeschäft, dessen Absicht offenbar dahin geht, die Befugnisse des Israel Epstein hinsichtlich seines Erbtheils an dem Nachlasse von Jacob Epstein in möglichst umfassender Weise an Hermann Epstein gelangen zu lassen, als Uebertragung des Rechts der Erbschaftsantretung oder als Uebertragung eines bereits erworbenen Erbrechts auffassen, so würde, da der richtigen Ansicht zufolge, schon im justinianischen Rechte das Eine, wie das Andere rechtlich unzulässig ist, ein derartiger Zweck sich durch das Rechtsgeschäft nicht erreichen lassen. Wäre dagegen bei Abschluß desselben die Absicht der Contrahenten dahin

gegangen, die durch die Erbschaftsantretung, welche im vorliegenden Falle theils ausdrücklich erfolgt, theils in der Cession vom 5. Februar stillschweigend enthalten ist, von dem Erben erworbenen einzelnen, in der Erbmasse enthaltenen dinglichen und persönlichen Rechte auf den Intervenienten zu übertragen, so würde zu dem Ende die für ein jedes einzelne dieser Rechte nothwendige Erwerbsform eingetreten sein müssen, wenn Herrmann Epstein deren ausschließlicher Inhaber geworden sein sollte. Mithin ließe sich weder mit dem Interventen behaupten, es sei, daß hier eine Erbmasse in Frage stehe, und diese als unbewegliche Sache angesehen werden müsse, die, hier fehlende, Uebergabe die alleinige Erwerbsform, noch andererseits mit dem Intervenienten, es bedürfe bei Uebertragung einer Erbmasse als einer unkörperlichen Sache, was dieselbe nicht ist, der Uebergabe überall nicht oder sie sei durch Einhändigung des Uebertragungsdocuments in symbolischer Weise erfolgt, was dem gemeinen Rechte widerspricht, oder sie habe mittelst eines constitutum possessorium stattgefunden, indem die Testamentsvollstrecker im Namen der Erben besäßen, was mit den in der Ref. IV. tit. 11 § 1. enthaltenen Rechtssätzen sich nicht vereinigen läßt. Vielmehr würde die Erbmasse in ihre einzelne Theile zerlegt werden müssen und für die in solchen befindlichen beweglichen und unbeweglichen Sachen die Uebergabe zum Erwerbe erforderlich sein, bei den in der Masse befindlichen Schuldforderungen dagegen das Rechtsgeschäft vom 5. Februar für sich allein deren Uebertragung vollständig bewirken, ohne daß es dazu einer Benachrichtigung der abgetretenen Schuldner bedürfte, wie die Gründe zum vorigen Urtheil, jedoch in Widerspruch mit der von dem Oberappellationsgerichte als gemeinrechtliche Auffassung befolgten Rechtsansicht

Hamb. S. Meyer c. Hülsenbeck 1853
Fr. Präj. Bd. I. Nr. 68, Nr. 178

angenommen haben. Dabei wäre denn noch das Weitere zu untersuchen, ob diese Grundsätze auch bei den auf Inhaber lautenden Papieren zur Anwendung zu bringen seien oder ob nicht vielmehr für deren Uebertragung es überdies einer Uebergabe bedürfe. Allein jene Untersuchung in Betreff der einzelnen Activ-Bestandtheile der

Masse war in dem vorliegenden Falle unnöthig. Es mußte nämlich in Gemäßheit der obenerwähnten Auffassung des in Rede stehenden Geschäfts angenommen werden, die Absicht der Partheien sei vornämlich dahin gerichtet gewesen, das, nach Realisirung des Nachlasses sich ergebende Provenü — dessen Ausantwortung an die einzelnen Erben den Testamentsvollstreckern obliegt, sei es auf dem Wege der Zuweisung einzelner Vermögens-Bestandtheile gegen Schätzung, sei es mittelst Baarzahlung aus dem Erlös der verkauften, in der Erbschaft befindlichen Gegenstände — auf dem Wege des Kaufs zu übertragen. Zwar ließ sich dagegen einwenden, in dem Documente sei der Testamentsvollstrecker mit keinem Worte gedacht, so wenig, daß selbst die Art des Anfalls völlig mit Stillschweigen übergangen worden ist. Es könne folglich die Uebertragung einer Forderung an diese nicht in der Absicht der Parthei gelegen haben. Allein dieser Einwand beseitigt sich dadurch, daß nach der in dem Documente ersichtlichen Ausdrucksweise die Totalität der in dem Nachlaß enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten hat übertragen werden sollen. Eine Uebertragung des Erbrechtes ist nun dem Obigen zufolge rechtlich unmöglich, kann mithin von den Partheien als gewollt nicht angenommen werden. Ihr Wille war mithin dahin aufzufassen, es sollten jene Rechte realisirt, jene Verbindlichkeiten erfüllt und dasjenige dem Käufer übertragen werden, was nach Beendigung dieser Geschäfte übrig bleiben werde. Wer die Besorgung derselben übernehmen würde, war den Partheien gleichgültig, die Forderung an den betreffenden Geschäftsführer, sei es ein Testamentsvollstrecker oder ein von den Erben dazu Bevollmächtigter, sollte übertragen sein. Bei dieser Auffassung des Sinnes des Rechtsgeschäfts vom 5. Februar handelt es sich also nur um die Cession einer betagten Forderung an die Testamentsvollstrecker, welche denselben mittelst Decrets des Stadtgerichts II. vom 7.—9. März 1855, und mithin früher als der in Rede stehende Arrestschlag erfolgte, kund gegeben worden ist und der Rechtsbestand einer derartigen Cession läßt sich überall nicht, weder nach Frankfurtischem, noch nach dem Rechte von New-York bezweifeln, so daß die Frage, welches Recht hier zur Anwendung komme, welche übrigens von den Verfassern des

vorigen Urtheils von ihrem Standpuncte aus, richtig beurtheilt ist*),

Fr. S. Meyer c. Ziegler 1829

Kalkbrenner Wwe. c. Rechneiamt 1837

auf sich zu beruhen hatte.

294. Veräußerung einer Erbschaft. Einrede des dolus.

In Betreff des dem Interventen (in erster Instanz) auferlegten Beweises einer Veräußerung zur Hintergehung der Gläubiger hat

1. Intervenient mittelst seiner zweiten Beschwerde dessen Aufhebung verlangt. Allein

a. seine Behauptung, die deßfallsige Einrede des Interventen sei thatsächlich nicht begründet, ist unrichtig. Sobald Jemand im Zustande der Ueberschuldung, in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, den Ertrag einer erworbenen Erbschaft verkauft und der Käufer von dem Betruge Kunde hat, so steht, und zwar selbst außerhalb des Concurses

Präjudicat oben Nr. 33

dem beeinträchtigten Gläubiger die Befugniß zu, die Aufhebung dieses Kaufgeschäfts zu verlangen. Auch war nicht anzunehmen, daß

b. diese Einrede dem eigenen Vorbringen des Interventen widerspreche. Zunächst sucht Intervent das Rechtsgeschäft, welches den Grund der Intervention bildet, gänzlich zu beseitigen, eventualiter versucht er dessen Rescission. Wenn daher

c. der Intervenient glaubt, die Einrede des Interventen sei deßhalb zu verwerfen, weil ihr Zweck die Rescission eines Rechtsgeschäftes, nicht aber die Aufrechthaltung des Arrestes sei, so übersieht er, daß letzterer zunächst dem Impetraten gegenüber zu rechtfertigen ist, daß Intervenient den Beweis zu führen hat, es sei ein ungeeignetes Vermögensobject mit Beschlag belegt und daß Intervent die Befugniß hat, das Rechtsgeschäft, durch welches jenes Vermögensobject auf Interventen übergegangen sein soll, auf Grund eines dabei stattgehabten Betrugs anzufechten.

---

*) Nämlich daß das Forum der eröffneten Erbschaft maßgebend ist.

2. Mit der dritten Beschwerde verlangt der Intervenient eventualiter die Beseitigung des in Rede stehenden Beweises, weil nicht angegeben sei, daß der Betrug Erfolg gehabt habe. Es war jedoch nicht Sache des Interventen, darzuthun, er sei in einem Concursverfahren über das Vermögen des Impetraten unbefriedigt geblieben oder er habe denselben vergeblich ausgeklagt, sondern vielmehr Sache des Intervenienten, die Befriedigung des Interventen, resp. seiner Cedenten, sei es durch Zahlung oder in anderer Weise, zu behaupten und nachzuweisen, woran es jedoch gänzlich fehlt.

295. Veräußerung einer Erbschaft im Zustande der Ueberschuldung.

Es mußte theils auf Grund der fünften Beschwerde des Intervenienten, theils in Beihalt der Ausführung zur eventuellen Beschwerde des Interventen in voriger Instanz der Beweissatz so, wie im Urtheile ersichtlich, gefaßt werden. Nach den von der Praxis des Oberappellationsgerichts

Hamb. S. Menke c. Witt u. Kaiser Cur. bon. 1853

anerkannten Grundsätzen des römischen Rechtes ist eine Veräußerung im Zustande der Ueberschuldung nicht ausreichend, um den Beweis der Paulianischen Klage für erbracht anzusehen. Es muß außerdem eine betrügerische Absicht dargethan werden, sei es direct oder auf künstlichem Wege. Dies geschieht im Falle eines onerosen Erwerbs durch den Beweis, daß der Veräußernde die Absicht gehabt, seinen Gläubiger zu beeinträchtigen und der Empfänger um jene Absicht gewußt habe.*) Im Falle eines lucrativen dagegen

*) In dem sonst gleichlautenden Urtheile Epstein c. Berlyn (cf. unten Nr. CXXIX.) ist hier die Stelle eingeschalten:

Sollte jedoch in diesem Falle der Vertrag durch einen Bevollmächtigten geschlossen sein, so kann, nach klarer Vorschrift der

L. 25 § 3 D. quae in fraud. cred. (42, 8)

dessen betrügerische Absicht zur Begründung der Paulianischen Klage — nnd nur diese, nicht eine Klage wegen Bereicherung ist angestellt — wider den Auftraggeber nicht benutzt werden und da zwischen einem Stellvertreter mit und einem ohne Auftrag, dessen Geschäftsführung genehmigt ward, ein innerer rechtlicher Unterschied nicht vorhanden, der Umstand aber, daß die betrügerische

kommt die betrügerische Absicht des Empfängers nicht in Betracht, sondern nur die des Veräußernden, welche der Regel nach schon als vorhanden anzusehen ist, wenn die Veräußerung mit dem Bewußtsein materieller Zahlungsunfähigkeit stattgefunden hat. Da nun Intervent ausdrücklich in den Acten erster und zweiter Instanz behauptet hat, es habe bei dem Rechtsgeschäfte vom 5. Februar an einem Preise gefehlt und die Veräußerung sei unentgeltlich geschehen, so konnte diese Behauptung bei Fassung des Beweissatzes nicht unberücksichtigt bleiben. Auch war nicht anzunehmen, daß der deßfallsige Beweis mit dem Beweise der Simulation, welchen keine der Partheien angefochten hat, zusammenfalle, indem der letztere jedenfalls einen umfassenderen Charakter hat.

296. Intervention. Legitimation des Interventen.

(Das Stadtgericht hatte in seinen Entscheidungsgründen ausgesprochen: „daß die Behauptung des Intervenienten, die Cession der Ansprüche an Joh. Mertens sei simulirt und die cedirten Ansprüche selbst seien unbegründet, nicht in Betracht komme, weil nicht die Wahrheit dieser seiner Behauptung, sondern allein sein eigener rechtsgültiger Anspruch an den Erbtheil des Julius Epstein ihn zur Intervention berechtigen würde.“ Hiergegen spricht sich das Oberappellationsgericht, wie folgt, aus:)

Die letzte Beschwerde des Intervenienten, betreffend die Legitimation des Interventen, konnte nicht aus den Gründen zu den vorigen Erkenntnissen verworfen werden. Hätte man mit dem vorigen Urtheile anzunehmen, die Intervention sei durch das Document vom 5. Februar nicht fundirt, so würde Intervenient freilich unberechtigt sein, den Inhalt der Forderung des Interventen und die Art, wie solche auf ihn übergegangen sei, einer Prüfung zu unterziehen. Dieser Gesichtspunct ist aber in dem

---

Absicht hier auf dem Wege der Einrede und nicht auf dem der Klage geltend gemacht ward, bedeutungslos ist, so durfte bei Fassung des Beweissatzes nicht, wie im ersten Urtheile geschehen, die etwaige Mitwissenschaft des Wickert um die betrügerische Absicht des Julius Epstein rechtlich in Betracht gezogen werden.

Obigen verworfen und es handelt sich darum, eine gültiger Weise erworbene Forderung in ihrer Wirksamkeit dadurch zu hemmen, daß der stattgehabte Erwerb wieder aufgehoben werde. Ist das der Fall, so mußte es dem Intervenienten zustehen, auch die Berechtigung der Person zu prüfen, welche diese Aufhebung um deßwillen beansprucht, weil sie selbst eine Forderung habe. Dessen ungeachtet konnte auf die Beschwerde zur Zeit nicht eingegangen werden. Die vorgelegten Buchauszüge, in Verbindung mit den über die an den Interventen stattgehabten Cessionen aufgenommenen Documenten, bilden jedenfalls auch dem Intervenienten gegenüber eine ausreichende Bescheinigung für den verhängten Arrest. Führt nun der Intervent die ihm auferlegten Beweise nicht, so tritt das Recht des Intervenienten ohne Weiteres in seine volle Wirksamkeit, es fehlt an einem Arrestobject und die Rechtsverfolgung gegen den Impetraten hört in Frankfurt auf. Erbringt dagegen Intervent einen der ihm auferlegten Beweise, so wird die Rechtfertigung des Arrests und die Verhandlung über die Hauptforderung in Frankfurt gegen den Impetraten weiter fortgeführt und es ist dem Intervenienten unbenommen, bei der deßfallsigen Proceßführung durch geeignete Anträge die Rechtsbeständigkeit der Ansprüche des Interventen einer Prüfung zu unterziehen.

— — — —

In folgenden fünf Sachen sind gleichmäßige Urtheile, wie das vorstehende ergangen:

CXXVIII.

H. Epstein, Intervenient
contra
J. Mertens, Interventen.

(Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 30. September 1858.)

CXXIX.

H. Epstein, Intervenient
contra
Salomon Berlyn, Interventen.

(Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 14. October 1858, cf. Note p. 639.)

CXXX.

H. Epstein, Intervenient
contra
Mendle Aron Lehmann, Interventen.

(Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 23. October 1858.)

CXXXI.

H. Epstein, Intervenient
contra
J. Goll u. Söhne, Interventen.

(Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 23. October 1858.)

CXXXII.

H. Epstein, Intervenient
contra
Eduard Gumpf, Interventen.

(Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 23. October 1858.)

Zur Sache der Interventen
contra
J. Epstein zu New-York.

CXXXIII.
Elisabeth Schädel, Klägerin
contra
Johannes E., Beklagten.

Das Stadtgericht bestimmte am 1. Februar 1858 die Größe der Alimente für das von der Klägerin geborene Kind auf 30 kr. per Woche bis zum zurückgelegten 7. Lebensjahre, und auf 45 kr. per Woche bis zum zurückgelegten 14. Lebensjahre des Kindes und sprach für den Fall, daß die Klägerin den Beweis eines Eheversprechens führe, derselben eine Entschädigung von fl. 150 zu. Auf Appellation der Klägerin wurde dieses Urtheil bestätigt vom

Appellationsgerichte am 21. Juni 1858
Oberappellationsgerichte am 23. October 1858.

297. Bestimmung der Alimente für ein uneheliches Kind und der Deflorationsgebühr.

Wie das Oberappellationsgericht wiederholt anerkannt hat, so ist bei der Bestimmung der Alimente für ein uneheliches Kind, sowie auch bei der Feststellung des einer Geschwächten zuzusprechenden Entschädigungsbelaufs zunächst auf den Stand und die Lebensverhältnisse der Mutter zu sehen. Die Klägerin ist eine mittellose Bauernmagd und gehört somit derjenigen Schichte der bürgerlichen Gesellschaft an, in welcher das niedrigste Maß für die in Rede stehenden Schätzungen anzuwenden ist. Kann nun auch unter Umständen ein angeblich höherer Stand oder eine größere Wohlhabenheit des Schwängerers eine Erhöhung des zuzuerkennenden Belaufs der Alimente und der Entschädigung der Letzteren, namentlich im Falle eines geleisteten Eheversprechens motiviren, so liegt doch hier Nichts vor, was dazu Veranlassung geben könnte. Denn der Beklagte ist eines Ackermanns Sohn, der — — — wie die Klägerin selbst angibt, — vornehmlich durch seine körperliche Rüstigkeit seinen Lebensunterhalt sich zu verschaffen habe und verschaffe.

CXXXIV.

F. C. H. dahier, Kläger
contra
den Curator ad litem der am 18. August 1853 gebornen Tochter der H.'schen Ehefrau Catharina, geb. F., Beklagten.

Die vorstehende Klage steht in Verbindung mit dem in diesem Bande sub. Nr. XVII. mitgetheilten Ehescheidungsprocesse. Der Kläger bestreitet die eheliche Geburt der von seiner Ehefrau am 18. August 1853 gebornen Tochter. Es wurde dem Kläger der Beweis auferlegt, „daß er in dem Zeitraum vom 23. October 1852 bis zum 18. Februar 1853 seiner Ehefrau nicht ehelich beigewohnt habe" und zwar vom

Stadtgerichte am 3. Dezember 1856,
Appellationsgerichte am 23. Februar 1857,
Oberappellationsgerichte am 30. October 1858.

298. Statusproceß. Fassung der Beweisauflage.

Die Beschwerde des Klägers betrifft lediglich die Fassung des dem Letzteren im Stadtgerichts-Urtheile vom 3. December 1856 auferlegten Beweises, daß nämlich derselbe darauf „in dem Zeitraum von dem 23. October 1852 bis zum 18. Februar 1853 seiner Ehefrau nicht ehelich beigewohnt (zu haben)" und nicht vielmehr bloß darauf, dem Klagfundamente gemäß, gestellt worden sei, daß Kläger ... nicht der Vater des von seiner Ehefrau ... am 18. August 1853 zu Mainz gebornen Kindes Namens Sophie sei, dieses Kind vielmehr im Ehebruch erzeugt worden ist" — —

Anbelangend nun aber die hier angefochtene Beweisfassung selbst und deren verlangte Abänderung, so ist es klar und überdies in

L. 11 §. 9 D. de adult. (48, 5)

anerkannt, wie damit allein, daß eine Ehefrau des Ehebruchs geständig oder überführt ist, die Illegitimität des von ihr noch durante matrimonio oder innerhalb des tempus legitimum post divortium gebornen Kindes keineswegs, obwohl möglich, anzunehmen steht, und ist denn auch klägerischerseits die Abänderung nur dahin, daß das hier fragliche Kind im Ehebruche erzeugt sei, erbeten worden. Dieser Beweis aber und ebenso der gleichzeitig als allein angemessen bezeichnete Beweis, daß der Kläger nicht der Vater jenes Kindes sei, würde gegenüber der gesetzlichen Präsumtion pater est, quem nuptiae demonstrant, welche bis zum Beweise der Unmöglichkeit für die Vaterschaft des Ehemanns streitet, sowohl überhaupt der Regel nach, als insbesondere im vorliegenden Falle, wo eine Impotenz des Klägers nicht behauptet ist, auch Letzterer zwar das eheliche Zusammenleben und den gemeinsamen Haushalt aufgegeben, aber doch, abgesehen von etwaigen Reisen, stets in der Nachbarschaft des Wohnsitzes seiner Frau sich aufgehalten hat, nur durch den Nachweis erbracht werden können, daß in der Zeit, in welche nach Natur- und Rechtsgesetzen die Empfängniß des von der Frau gebornen Kindes fallen muß, ein geschlechtlicher Verkehr zwischen den Eheleuten überall nicht stattgefunden habe oder habe stattfinden können, indem nur dies, daß das Kind nicht von dem Ehemanne herrühre, zur Gewißheit zu bringen vermag, alles Andere dagegen und namentlich auch der vollerwiesene Ehebruch der Frau nur, ob wirklich er der Erzeuger des Kindes sei, ungewiß macht, dies aber zu Beseitigung jener gesetzlichen Präsumtion nicht genügen kann. Zu Erbringung des Beweises, daß in der entsprechenden Zeit eine Beiwohnung zwischen den Ehegatten nicht stattgefunden, wird allerdings, dafern nnd soweit für den ganzen fraglichen Zeitraum mit ausreichender Gewißheit ein alibi sich ergibt, dem Kläger auch gestattet sein, auf die schon im Jahr 1852 eingetretene und seitdem seiner Behauptung nach nicht einmal besuchsweise unterbrochene thatsächliche Aufhebung des consortii conjugalis zurückzukommen.*) Allein,

---

*) Behauptungen der Ehefrau H. im Ehescheidungsprocesse zur Begründung der Einrede der böslichen Verlassung und Behauptungen des jetzigen Klägers in demselben Processe.

wie Kläger, falls beklagtischerseits im Gegenbeweise dargethan zu werden vermöchte, daß während des fraglichen Zeitraums Kläger seine Ehefrau oder diese ihn besucht habe, doch zu Erbringung seines Beweises, nicht Vater des fraglichen Kindes zu sein und sein zu können, würde darthun müssen, daß bei solchen gelegentlichen Besuchen ein geschlechtlicher Verkehr zwischen ihm und seiner Frau nicht stattgefunden hätte, so ist andererseits durch die vom Stadtgerichte beliebte Beweisfassung dem Kläger die Recurrenz auf jene factische Trennung keineswegs abgeschnitten. Indem nun auch der Einwand, daß möglicher Weise die Frau, als derartige Besuche stattgefunden und etwa zu geschlechtlichem Verkehr der proceßirenden Ehegatten geführt hätten, in Folge ehebrecherischen Verkehrs mit Anderen schon schwanger gewesen sein könnte, ein deßfallsiger Nachweis aber durch die jetzige Beweisfassung dem Kläger abgeschnitten sein würde, wenn auch nicht formell wegen Verspätung ganz unzulässig, doch materiell und deßhalb völlig unerheblich ist, weil die gesetzliche Präsumtion durch bloße factische Gegenvermuthungen oder durch die physische Ungewißheit der Paternität allein nicht alterirt zu werden vermag, so erscheint die angefochtene Beweisauflage sowohl darin, daß sie auf den Nichtvollzug der geschlechtlichen Beiwohnung gestellt ist, als darin, daß dieser Nichtvollzug für den ganzen, der Geburt des Kindes entsprechenden Zeitraum der Conception nachgewiesen werden soll, durchaus gerechtfertigt.

CXXXV.

F. C. H. dahier, Kläger

contra

den Curator ad litem des am 18. Juli 1854 gebornen Sohnes der H.'schen Ehefrau Catharina, geb. F., Beklagten.

Der Kläger bestreitet die eheliche Geburt des von seiner Frau am 18. Juli 1854 gebornen Sohnes. Es wurde ihm unter gleich-

lautenden Entscheidungsgründen, wie die in dem vorhergehenden Falle mitgetheilten, der Beweis dahin nachgelassen, „daß er in dem Zeitraum vom 22. September 1853 bis 18. Januar 1854 seiner Ehefrau nicht beigewohnt habe", vom

Stadtgerichte am 3. December 1856,
Appellationsgerichte am 23. Februar 1857,
Oberappellationsgerichte am 30. October 1858.

CXXXVI.

B., geb. S. dahier, Klägerin
contra
ihren Ehemann B. dahier, Beklagten.

In vorliegender Ehescheidungssache hatte das Stadtgericht am 26. März 1856 unter Vorbehalt, welches Gewicht den angeführten Thatsachen im Einzelnen oder in ihrem Zusammenhange beizulegen ist, den beiden Partheien Beweise nachgelassen und zwar

a. der Klägerin, daß Beklagter schon des Vormittags Wirthshäuser besuche, öfters trunken und zwar zuweilen schon des Nachmittags um 4 Uhr nach Hause komme, vollständige Orgien gebe, mit unbekannten Weibspersonen auf den benachbarten Vergnügungsorten herumziehe und auch mit Dienstmädchen in öffentlichen Wirthslocalen tanze;

b. dem Beklagten, daß Klägerin den Vermögensruin durch ihr regelloses und verschwenderisches Leben mit verschuldet und daß sich dieselbe des Ehebruchs schuldig gemacht habe.

Auf beiderseitige Appellation und von der Klägerin beantragte Actenversendung wurde dies Urtheil vom Spruchcollegium zu Freiburg am 13. März 1857 und auf Appellation der Klägerin von dem Oberappellationsgerichte am 8. November 1858 bestätigt.

CXXXVII.

Dr. jur. Hermann Scherer, Kläger u. Widerbeklagter
contra
John W. M. Thompson, Beklagten u. Widerkläger.

Der Widerkläger hatte zu beweisen, daß ihm der Widerbeklagte die ꝛc. Bonds verkauft habe, während dem Letzteren Gegenbeweis insbesondere dahin nachgelassen war, daß er nur einen Auftrag zum Ankaufe der fraglichen Papiere übernommen habe. Auf Grund der vorgelegten Correspondenz erkannte das Stadtgericht am 16. Februar 1857, daß der Widerkläger mit der erhobenen Klage abzuweisen sei, während das Appellationsgericht am 3. April 1857 erkannte, daß Haupt- und Gegenbeweis verfehlt und deßhalb der eventuell zugeschobene und acceptirte Haupteid abzuleisten sei. Auf Appellation des Widerklägers wurde unter Verurtheilung in die Kosten dieses Erkenntniß vom Oberappellationsgerichte am 11. November 1858 bestätigt.

CXXXVIII.

Isaac Lichtenstein zu Marköbel, Kläger
contra
Joseph Friedenberg dahier, Beklagten.

Isaac Lichtenstein klagte gegen J. Friedenberg auf Lieferung von 80, am 6. April 1857 gekauften Säcken Getreide. Der Beklagte, nachdem er dieses Verkauf- und Kaufgeschäft geleugnet hatte, gab den Sachverhalt, wie folgt, an: Am 6. April 1857 habe ein gewisser Abraham Haas für den Kläger (ebenso wie für J. Rothschild in Windecken) bei dem Beklagten 80 Säcke Roggen — — — franco Bahnhof Hanau mit dem Be-

merken bestellt, daß sich die Käufer den nächsten Mittwoch (also den 8. ejusdem) persönlich bei dem Beklagten einfinden würden, um das Geschäft zu bestätigen und die Schlußzettel über dasselbe mit dem Beklagten auszuwechseln. Der Beklagte habe nämlich den Abraham Haas nach seiner Vollmacht gefragt: da er dieselbe nicht vorzeigen konnte, sei abgesprochen worden, daß der Handel vom 6. April durch die angeblichen Vollmachtgeber selbst bestätigt und perfect gemacht werden solle. Da am 8. April die angeblichen Vollmachtgeber nicht erschienen seien, so habe er am 14. April, den Tag nach den Osterfeiertagen, durch einen Brief dem Kläger (sowie dem J. Rothschild) erklärt, daß er sich außer allen Verbindlichkeiten betrachte.

Es handelt sich vornehmlich bei diesem qualificirten Geständniß um die Frage über die Beweislast. Das Stadtgericht hielt am 2. September 1857 den Beklagten für beweispflichtig, nämlich daß der Vollzug des fraglichen Handels von der Genehmigung des Klägers abhängig gemacht und zur Abgabe der deßfallsigen Erklärung des Klägers der — — 8. April 1857 als Termin bestimmt worden sei. Dies Urtheil, vom Appellationsgerichte am 12. October 1857 bestätigt, wurde unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz vom Oberappellationsgerichte am 13. November 1858 aufgehoben und dahin geändert, daß Kläger — zu erweisen habe, daß Abraham Haas am 6. April 1857 als sein, des Klägers Beauftragter, vom Beklagten — 80 Säcke Roggen — — binnen 14 Tagen zu liefern erkauft habe; wogegen dem Beklagten der Gegenbeweis im Allgemeinen und insbesondere dahin vorbehalten wurde, daß, nach der zwischen ihm und Haas getroffenen Verabredung, der Handel nur für den Fall als abgeschlossen habe gelten sollen, daß Kläger denselben bis zum 8. April 1857 persönlich dem Beklagten gegenüber bestätigen werde.

299. Qualificirtes Geständniß. Beweislast.

Es konnte nur darauf ankommen, welches der wahre juristische Charakter der beklagtischen Darstellung des „anderen Sachverhalts" ist, ob dieselbe eine negative Einlassung auf die Klage oder ob sie

ein Zugeständniß des Klaggrundes und Vorschützen einer Einrede in sich begreift.

1. Das Appellationsgericht nimmt das Letztere deßhalb an, weil Beklagter nicht mit Bestimmtheit angegeben habe, ob die Verabredung einer Bestätigungsfrist der Annahme der Bestellung vorausgegangen oder nachgefolgt sei. Diese Unbestimmtheit dürfe dem Beklagten nicht zum Vortheile gereichen; es müsse also die ihm ungünstigere, das sei die zuletzt erwähnte Bedeutung seiner Behauptung beigelegt werden. Danach erscheine die behauptete Verabredung einer Bestätigungsfrist als eine dem Abschlusse des Geschäfts nachgefolgte, dasselbe abändernde Uebereinkunft und eine solche habe Beklagter zu beweisen. Dieser Ansicht stand indeß durchaus nicht beizutreten, indem in der beklagtischen Darstellung nur die Behauptung gefunden werden konnte, daß die fragliche Verabredung von vorne herein einen Bestandtheil des zwischen dem Beklagten und Haas getroffenen Uebereinkommens gebildet habe.

Haas soll den Roggen mit dem Bemerken bestellt haben, daß Käufer sich bis zum 8. April bei dem Beklagten einfinden würde, um den Vertrag zu bestätigen und die Schlußzettel auszuwechseln. Wenn Beklagter diese Bestellung annahm, so wurde der Inhalt der damit verbundenen Bemerkung von Anfang an Bestandtheil des durch solche Annahme zu Stande gekommenen Vertrags. — Daß dieses hat behauptet werden sollen, wird vollends unzweifelhaft durch den weiteren Verlauf der beklagtischen Darstellung. „Der Beklagte", heißt es hier —, „hatte nämlich den Haas nach seiner Vollmacht gefragt, die er aber nicht vorzeigen konnte, und in Folge dessen ward dann abgesprochen, daß der Handel am 8. April durch den angeblichen Vollmachtgeber bestätigt und perfect gemacht werden sollte." Also die Frage nach der Vollmacht war der Bestellung — der eigentlichen Vertragsofferte im Gegensatze zu den bloßen Präliminar-Verhandlungen — vorausgegangen, und in Folge dieser Frage und der Unmöglichkeit, dem darin enthaltenen Verlangen zu entsprechen, erhielt die wirkliche Bestellung den fraglichen Zusatz, und wurde dieser durch Acceptation der Bestellung von Seiten des Beklagten zur „Absprache" unter den Con-

trahenten. Damit stimmt denn auch die juristische Auffassung des Beklagten überein, die man unbedenklich zur Erläuterung seines factischen Vorbringens benutzen darf. — — —

2. Das Stadtgericht sieht in Uebereinstimmung mit der vorstehenden Ausführung — die von dem Beklagten behauptete Verabredung einer Bestätigungsfrist als einen ursprünglichen Bestandtheil des zwischen Haas und dem Beklagten getroffenen Uebereinkommens an, erachtet aber den Letzteren deßhalb für beweispflichtig, weil derselbe unzweifelhaft den Haas als Beauftragten des Klägers betrachtet habe und daher die vorbehaltene Genehmigung des Klägers nicht als ein essentiale des Handels, sondern nur als eine Modification des an sich rechtsgültig abgeschlossenen Vertrags erscheine. Es konnte jedoch auch dieser Auffassung und der daraus gezogenen rechtlichen Consequenz nicht beigepflichtet werden.

Wenn Beklagter — wie er dies behauptet — den Haas, ehe er mit demselben abschloß, nach seiner Vollmacht gefragt und gerade deßhalb, weil derselbe eine solche nicht vorzeigen konnte, sich die Bestätigung des Abkommens durch den Kläger innerhalb einer alsbald festgesetzten Frist ausbedungen hat, so hat er den Haas zwar nicht schlechthin als Mandatar des Klägers zurückgewiesen; er hat ihn aber ebenso wenig als solchen anerkannt; vielmehr ist er im Zweifel darüber gewesen, ob derselbe zu der zwischen ihnen getroffenen Beredung vom Kläger Auftrag habe oder nicht, und hat sich allerdings für den Fall, aber auch nur für den Fall, daß ihm dieser Zweifel durch die persönliche Erklärung des Klägers bis zum 8. April werde benommen werden, zu der mit Haas besprochenen Leistung verpflichten wollen und verpflichtet.

Es kann für die Frage nach der Beweislast dahin gestellt bleiben, unter welchen rechtlichen Gesichtspunct dieser Sachverhalt zu bringen sei, ob man darin einen suspensiv bedingten Handel oder einen Vertragsabschluß mit Vorbehalt zu Gunsten des Käufers oder endlich ein bloßes pactum de contrahendo zu finden haben würde. Immer bildet — nach der beklagtischen Darstellung — die wegen Bestätigung des Handels durch den Kläger getroffene

Abrede ein mit deu übrigen zwischen Haas und dem Beklagten festgestellten Bestimmungen des Vertrags verflochtenes, nicht von diesen zu trennendes Ganze und dieses Ganze erscheint — da, wenn die Sache sich so verhält, wie Beklagter angibt, durch die zwischen diesem und Haas getroffene Verabredung ein klagbares Kaufgeschäft noch nicht zu Stande gekommen ist — als ein der klägerischen Sachdarstellung entgegengesetztes contrarium. Hiernach hat, gemäß der richtigen, vom Oberappellationsgerichte auch schon früher befolgten Theorie von der Beweislast beim qualificirten Geständnisse, der Kläger zwar nicht die Nichtexistenz des vom Beklagten angegebenen Zusammenhanges zu beweisen, wohl aber die Existenz und Wahrheit des von ihm selbst positiv behaupteten Sachverhaltes und Klaggrundes.

War solchergestalt die Beweislast zunächst auf den Kläger zu übertragen, so fragte es sich noch, ob dem Beklagten — — der „Einredebeweis" vorzubehalten sei, daß der Abschluß und die Gültigkeit des Handels von der Genehmigung des Klägers abhängig gemacht und zur Abgabe der deßfallsigen Erklärung der 8. April 1857 als Termin bestimmt worden sei. Es konnte aber — wenn nach der obigen Ausführung in der Sachdarstellung des Beklagten nur eine Verneinung des Klaggrundes zu finden war — so wenig das einem Zweifel unterliegen, daß dem Beklagten materiell eine derartige Beweisführung nicht abgeschnitten werden durfte, als daß ihm dieselbe nicht in der Form eines Einrede-, sondern nur in der eines directen Gegenbeweises nachzulassen stand.

CXXXIX.

Isaac Rothschild zu Windecken, Kläger

contra

Joseph Friedenberg dahier, Beklagten.

Diese Streitsache stimmt mit der vorhergehenden vollständig überein.

CXL.

Dr. von Lersner dahier, Kläger

contra

Georg Dreßler u. Ehefrau, geb. Krämer, Beklagte.

Nach Abhör des Zeugen S. am 10. Februar 1858 trat Kläger am 16. Februar und 1. März 1858 mit Restitutionsgesuchen auf, weil er fünf neue Zeugen aufgefunden habe: er habe, führt Kläger an, nach der Abhör des Zeugen S. die Entdeckung gemacht, daß noch vier Personen existirten, welche über das Beweisthema Zeugniß abzulegen vermöchten, und noch ein neuer Zeuge habe sich aufgefunden, wovon er, Kläger, bisher keine Kenntniß gehabt habe.

Das Stadtgericht ließ den Kläger und seinen Anwalt am 3. Mai 1858 zu dem Restitutionseide zu, während auf Appellation der Beklagten das Appellationsgericht am 23. August 1858 das Restitutionsgesuch unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten erster Instanz verwarf. Unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten wurde das appellationsgerichtliche Urtheil vom Oberappellationsgerichte am 20. November 1858 bestätigt.

300. Production neuer Zeugen nach bereits eröffneter Zeugenvernehmung.

Die Production neuer Zeugen über einen Beweissatz, welcher bereits Gegenstand einer den Partheien eröffneten Zeugenvernehmung gewesen ist, setzt, auch wo sie an sich zulässig sein würde, wegen Besorgniß von Subordinationen mindestens voraus, daß der Producent eine schuldlose Behinderung an früherer Denomination der Zeugen begründe und dem entsprechend die Veranlassung zu der nachträglich gewordenen Benennung gehörig substantiire.

301. Abermalige Zeugenproduction im Wege der Restitution.
(cf. Bd. II. Nr. 309.)

Sobald es sich um den Beweis der nämlichen Thatsache handelt, erleidet das gemeinrechtliche Verbot einer abermaligen

Zeugenproduction der richtigern, vom Oberappellationsgerichte wiederholt befolgten Ansicht nach, auch dann keine Ausnahme, wenn die Abhörung neu aufgefundener Zeugen im Wege der Restitution beantragt wird, — ein Satz, welcher in Frankfurt durch die wegen der restitutio contra rem judicatam getroffene Bestimmung der Provocationsordnung vom 22. Juli 1788 § 15 A. 1 (Bayerbach p. 1503 ss.) seinem Grunde nach eine Bestätigung gefunden hat.

302. Das Verbot einer abermaligen Zeugenproduction ist durch das Gesetz vom 23. Mai 1848 nicht aufgehoben.

Der in dem Bd. II. p. 665 in fine ss. mitgetheilten Präjudicate erwähnte Zweifel, ob das Verbot, neue Zeugen zu produciren, seit dem Gesetze über Zeugenvernehmungen vom 23. Mai 1848 (§ 2, 5, 10) als fortdauernd gültig anzuerkennen sei, kann nicht für begründet erachtet werden, da in diesem Gesetze zwar den Partheien gestattet wird, schon dem Zeugenverhöre selbst beizuwohnen, damit aber nur die Vernehmung und die Zeugniß-Eröffnung in einen Zeitpunct zusammengerückt sind, ohne daß deßhalb der Grund des Verbots hinweggefallen oder an der Wirkung der den Partheien zu Theil gewordenen Kenntniß der Zeugenaussagen etwas geändert worden wäre, — eine solche Aenderung namentlich auch nicht in der Aufhebung des Titels 36 Th. I. der Reformation zu finden ist, weil dieser Titel nicht etwa das gedachte Verbot selbst enthält, sondern lediglich der damaligen Anknüpfung desselben an die Publication des Zeugenrotuls entsprechend, das Verfahren für diese, nunmehr entbehrlich gewordene Proceßhandlung regulirt, — vielmehr die Vorschrift im § 9 des Gesetzes, wonach ein directer Gegenbeweis, soweit er durch Zeugen geführt werden soll, bei Vermeidung des von selbst eintretenden Verlustes dieses Beweismittels vor Vernehmung der Hauptzeugen angetreten werden muß, unverkennbar nur aus der vorausgesetzten Fortdauer des Verbots erklärt werden kann.

CXLI.

A. E. Althenn, geb. Kahl, Kinder zu Massenheim, Kläger

contra

Eleonore Kahl, geb. Zickwolf, Beklagte.

Die Kläger hatten sich auf die Oberappellationsausführung der Beklagten zu erklären, erhielten aber von der letzteren Befristung auf unbestimmte Zeit. Obgleich dies nun dem beklagtischen Procurator mitgetheilt wurde, rief derselbe nach Ablauf der gesetzlichen Frist um Ausschluß an, der auch am 30. September 1858 erkannt wurde. Auf Restitutionsgesuch der Kläger wurden dieselben unter Verurtheilung in die Kosten am 20. November 1858 von dem Oberappellationsgerichte wiederum in den vorigen Stand zurückversetzt.

CXLII.

Carl Borgnis dahier, Kläger

contra

die Frankfurter Gasbereitungs-Gesellschaft, Beklagte.

Kläger behauptet, daß in den Brunnen seines in der Nähe der Gasfabrik befindlichen Hauses Gas aus der beklagten Fabrik einströme, in dessen Folge das Wasser ungenießbar und unbrauchbar geworden sei, und klagt auf Schadensersatz.

Das Stadtgericht erkannte am 30. April 1858 auf Beweis des Klägers dahin:

A. daß die Wasserbecken der Gasbehälter der Beklagten, insbesondere das Wasserbecken des zuletzt erbauten Gasbehälters, so undicht und unsolid gemauert seien, daß sie mit Gas geschwänger-

tes Wasser durchlassen und dieses Wasser sich dem Brunnen des Klägers mitgetheilt habe;

B. daß hierdurch das Wasser in dem Brunnen des Klägers sowohl für die Küche als zum Trinken und Waschen und sonstigen häuslichen Gebrauch, sowie wegen seines abscheulichen Geruches selbst zum Gießen und Putzen unbrauchbar geworden sei;

C. daß sein, Klägers, täglicher Bedarf an Wasser für die Küche, für Trink- und Waschwasser und für die Reservoirs der Inodores eine halbe bis dreiviertel Ohm und für die wöchentlichen kleinen Wäschereien jedesmal etwa zwei Ohm betrage und der betreffende Brunnen diesen Bedarf sowohl, als den Bedarf für Gießen und Putzen ausgeben könne;

D. daß ihm das durch die jenseits veranlaßte Unbrauchbarkeit des Wassers seines Brunnens nöthig gewordene Herbeischaffen des unter C. gedachten Wasserbedarfs seit 1. October 1857 einen Kostenaufwand von täglich 40 kr. oder wie viel weniger veranlaßt habe;

E. eventuell, daß durch die Unbrauchbarkeit des Wassers seines Brunnens seine Behausung Nr. 8 am Taunusplatze einen Minderwerth von fl. 6000 oder wie viel weniger erleide.

Auf Appellation des Klägers erkannte das Appellationsgericht am 6. August 1858, daß der Beweissatz sub. A. wegzufallen und an dessen Stelle folgender Beweissatz zu treten habe: daß der Brunnen des Klägers in dessen Behausung Nr. 8 am Taunusplatze Leuchtgas enthalte, welches in Folge der Gasbereitung auf dem Grundstücke der Beklagten aus diesem in den fraglichen Brunnen eindringe.

Auf Oberappellation der Beklagten wurde unter Verurtheilung derselben in die Kosten dieses Urtheil vom Oberappellationsgerichte am 25. November 1858 bestätigt.

303. Nachbarrecht bezüglich der nachtheiligen Einwirkung einer Gasfabrik.

Das Oberappellationsgericht begründete seine confirmatoria auf folgende Gründe:

da die in den Entscheidungsgründen voriger Instanz (cf. unten) ausgeführte Ansicht vom Oberappellationsgerichte schon mehrfachen Entscheidungen zu Grunde gelegt worden, die Beklagte aber in ihrem Appellationslibelle auf eine rechtliche Widerlegung derselben nicht näher eingegangen ist;

da der Umstand, daß der Kläger sich auf dem hier in Frage stehenden Platze erst angebaut hat, als die benachbarte Gasfabrik schon längst bestand, für sich allein nicht geeignet sein kann, eine Schmälerung der aus seinem Eigenthume fließenden Befugnisse zu begründen;

da der Eigenthümer gegen die Immission schädlicher Stoffe aus einem benachbarten Grundstücke, sofern sie durch eine bleibende, außergewöhnliche Benutzungsart der Letzteren — wie sie hier unzweifelhaft vorliegt — veranlaßt wird, nicht bloß dann ein Widerspruchsrecht hat, wenn ihm die Stoffe durch besonders deßhalb angelegte oder dazu geeignete Einrichtungen zugeleitet, sondern auch wenn sie ihm ohne künstlich vermittelnde Anlagen durch die regelmäßige Einwirkung der Naturgesetze zugeführt werden,

cf. L. 19 pr. D. de serv. praed. urb. (8, 2)
L. 17 § 2 D. si serv. vind. (8, 5)

hieraus aber folgt, daß, wenn der Kläger nur überhaupt zu beweisen vermag, daß sein Brunnen Leuchtgas enthalte, welches in Folge der Gasbereitung auf dem Grundstücke der Beklagten aus diesem in den Brunnen eindringt, es nicht weiter darauf ankommen kann, ob das Eindringen des Gases durch fehlerhafte Beschaffenheit der Fabrikanstalten oder durch natürliche Verbreitung des Gases z. B. durch damit inficirtes, in den Brunnen des Klägers abfließendes Wasser verursacht werde;

da eben deßhalb auch die Hinweisung der Beklagten auf die zur Beseitigung des Schmutzwassers von ihr benutzten Senklöcher sich als unerheblich darstellt.

Die zweite Instanz sprach sich folgender Maßen aus:

Nach Inhalt der Klagschrift und der Replik ist eine Negatorienklage angestellt, gestützt auf die Behauptung: „der klägerische Brunnen auf dem Grundstücke Nr. 8 am Taunusplatze sei durch Eindringen von

der benachbarten Gasfabrik der Beklagten inficirt und gänzlich unbrauchbar geworden", und gerichtet auf Abstellung dieses Mißstandes und resp. Schadensersatz.

Dieser Klagegrund ist vom Kläger an den angeführten Stellen der Voracten thatsächlich hinreichend begründet und als rechtlich zulässig zu erachten. Die in

L. 8 § 5, 6, 7 D. si servitus vind. (8, 5)

aufgezeichneten Entscheidungen über die Berechtigung des Eigenthümers von den Nachbargrundstücken eindringenden Rauch und Dampf mittelst der actio negatoria abzuwehren, worauf sich der Kläger berufen hat, beruhen auf dem in § 5 l. c. ausgesprochenen Grundsatze: in suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alium immittat, stellen sich mithin als einzelne Anwendungen der allgemeinen aus der Natur des Eigenthums fließenden Rechtsregel dar, wonach „der Gebrauch eines Grundstücks dadurch beschränkt ist, daß jeder bleibenden außergewöhnlichen Benutzung desselben, welche auf eine gewöhnliche Benutzung eines Nachbargrundstücks durch Eindringen körperlicher Gegenstände (Immission) nachtheilig einwirkt, das mittelst der actio negatoria zu verfolgende Widerspruchsrecht der Nachbarn als Eigenthümer des belästigten Grundstücks gegenübersteht,

cf. Spangenberg im Civ. Arch. Bd. IX. p. 268 ss.
Guyet ebendas. Bd. XVII. p. 36 ss.
Seuffert Pandecten § 95
Sintenis Civilrecht Bd. I. p. 476
Seuffert Archiv Bd. III. Nr. 7 Bd. VIII. Nr. 346

und soviel insbesondere die immissio fumi betrifft, die

Entscheidungen des Lübecker Oberappellationsgerichts in zwei Bremer Rechtssachen de anno 1840 und 1853 abgedruckt in Seufferts Archiv Bd. IX. Nr. 218, Bd. XI. Nr. 114.

Daß nun im Sinne der allegirten Gesetze der Betrieb einer Gasfabrik als eine außergewöhnliche Benutzungsweise und das eindringende Leuchtgas als res corporalis (wie Rauch und Dampf) zu erachten ist, wird ebenso wenig bezweifelt werden können, als daß die Benutzung des eigenen Terrains zur Herstellung eines Brunnens hier Orts zu der regelmäßigen und gewöhnlichen Benutzung des Eigenthums gehört.

Die Anwendung jenes Rechtssatzes auf den vorliegenden Fall kann hiernach, den Nachweis der schädlichen Immission vorausgesetzt, einem gegründeten Bedenken nicht unterliegen. Denn die der Beklagten von der obersten Regierungsbehörde zur Errichtung und zum Betriebe ihrer Gasfabrik ertheilte Concession vermag die civilrechtlichen Verhältnisse der Nachbarn gegen einander nicht zu alteriren, und wenn auch unbestreitbar den Nachbarn lediglich gegen Unannehmlichkeiten und Belästigungen, welche aus dem Betriebe eines gesetzlich erlaubten oder concessionirten Gewerbes entspringen, ein civilrechtlicher Einspruch nicht gebührt, so kann doch die Infection eines Brunnens nicht als einfache zu duldende Unannehmlichkeit, sondern muß als wahre, dem Verbietungsrechte des Eigenthümers unterliegende, nachtheilige Immission qualificirt werden.

cf. Spangenberg l. c. p. 271 u. 272
Seuffert Archiv Bd. VIII. Nr. 346.

Die Behauptung eines besonderen Verschuldens der Beklagten, nachlässiger, mißbräuchlicher Einrichtungen der Gasfabrik aber gehört nicht nothwendig zum Klagfundament der hier erhobenen Klage. Dem oben aufgestellten Rechtssatze nach genügt vielmehr die Behauptung der Immission von Leuchtgas als Folge der Gasbereitung auf dem Nachbargrundstücke und erscheint es gleichgültig, ob diese Immission die Wirkung nachlässiger Einrichtungen oder natürlicher Verhältnisse ist.

cf. Entscheidungen cit. in Seuffert Archiv Bd. IX. Nr. 218 sub I. Bd. XI. Nr. 114.

Wenn der Kläger gleichwohl die specielleren Ursachen der Immission behufs möglicher Abhülfe zu ermitteln und sogar eine mangelhafte Construction des Gasbehälters als solche zu bezeichnen versucht hat, so sind seine deßfallsigen Angaben doch nur unter Verwahrung erfolgt und wurde von ihm jede Pflicht, specielles Verschulden, besondere nachlässige Einrichtungen der Beklagten zu behaupten und zu erweisen, wiederholt ausdrücklich abgelehnt. Hiernach erscheint eine Beschwerde des Klägers insoweit begründet, als die — — Beweisauflage unter A des stadtgerichtlichen Urtheils — abzuändern und lediglich auf das Factum der Immission zu richten ist.

CXLIII.

J. C. Hildebrand dahier, Kläger
contra
Abraham Joseph Strauß, Beklagten.

Nachdem in dem Bd. I. Nr. LXVII. mitgetheilten Rechtsfalle den Partheien Beweis auferlegt worden war, verordnete das Stadtgericht am 5. October 1853 die Beweisaufnahme in Betreff der beiden ersten klägerischen Beweissätze und setzte die Expertise in Betreff des dritten klägerischen Beweissatzes einstweilen aus. Wie in diesem Bde. Nr. XXIII. mitgetheilt wurde, hat der Kläger rechtskräftig die vorgekommenen Beschädigungen seines Hauses wegen des beklagtischen An- und Neubaus rechtskräftig erbracht. Es handelt sich nunmehr um den durch Sachverständigen zu führenden Beweis:

3. (des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 22. März 1854) daß die Beschädigungen des klägerischen Hauses Folge des unterbliebenen Sprießens des klägerischen Hauses gewesen und

4. daß Beklagter auf seinen bei dem Bauamte eingereichten Rissen angegeben habe, daß die neuen Fundamente nur 2 Fuß tiefer als sein Kellerplattenboden werden sollten.

Nach eingekommenen Gutachten der Sachverständigen wies das Stadtgericht am 13. Mai 1857 den Kläger ab, weil der zweite Beweis (oben sub 4) gänzlich verfehlt sei, während auf vom Kläger beantragte Actenversendung das Spruchcollegium zu Bonn am 21. December 1857 diesen Beweis zwar nicht für geführt, aber auch nicht für verfehlt erklärte, dagegen den Kläger abwies, weil der erste Beweis (oben sub 3) für gänzlich verfehlt erklärt wurde. Das Oberappellationsgericht endlich erkannte unter Compensation der Kosten am 30. November 1858 dahin, daß, soviel

1. die im Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 12. März 1851 dem Kläger auferlegten Beweise unter 3 und 4 betrifft,

dieselben noch zur Zeit für verfehlt nicht zu erachten, sondern zur anderweiten Begutachtung sowohl der im Stadtgerichts-Urtheile vom 5. October 1853 sub 3 a., als auch der im Stadtgerichts-Urtheil vom 22. März 1854 sub 3 enthaltenen Frage, welche letztere jedoch nach Maßgabe der Entscheidungsgründe zum gegenwärtigen Erkenntnisse genauer zu fassen ist, neue Sachverständige zu ernennen seien. Dagegen

2. die dem Beklagten im gedachten Interlocute des Stadtgerichts nachgelassenen Einrede-Beweise, bis auf die zum zweiten und dritten Beweissatze deferirten Eide, über welche noch zu erkennen, für verfehlt zu erklären seien.

304. Sachverständigenbeweis. Ungenügendes Gutachten ohne Schuld des Beweisführers. Zweifel gegen die Richtigkeit des Majoritätsgutachten.

Es war in Folge der eventuellen Anträge zwar nicht auf Zulassung zu besserem Beweise, aber doch auf anderweite Begutachtung durch Sachverständige und zwar über beide Beweise (oben) 3 und 4 unbedenklich zu erkennen. Daß dies in einem Falle, wenn Sachverständige ohne Schuld des Beweisführers ein ungenügendes Gutachten abgeben, völlig zulässig ist, und selbst von Amtswegen verfügt werden kann, leidet keinen Zweifel und ist vom Oberappellationsgerichte bereits früher ausdrücklich anerkannt.

Fr. S. Hainer c. Cüntzer 1839.

Ebenso ist sie, wie dies das Oberappellationsgericht ebenfalls schon ausgesprochen hat, gerechtfertigt bei erheblichen Zweifeln gegen die Richtigkeit eines Majoritäts-Gutachtens.

Ketskenet c. Lemme (oben Nr. 254.)

Beide Fälle liegen hier vor. Es sind daher neue Sachverständige zur Begutachtung der in Betracht kommenden Fragen zu ernennen und zwar ist

a. den Sachverständigen, soviel die zum dritten Beweissatz im Stadtgerichts-Erkenntniß vom 22. März 1854 sub 3 formulirte Frage betrifft, ausdrücklich bemerklich zu machen, wie es bereits rechtskräftig feststehe, daß die sämmtlichen in gedachtem Erkenntnisse unter I—V. aufgezählten Beschädigungen des kläge-

rischen Hauses durch das Abweichen und besonders durch das spätere Senken der gemeinschaftlichen Brandmauer verursacht sind und daß es daher nicht ihre Aufgabe sei, jetzt noch den Causalnexus dieser Beschädigungen mit dem Weichen, resp. Senken der Mauer zu begutachten, sondern nur inwiefern durch gehöriges rechtzeitiges Absprießen das Abweichen, resp. Senken der Mauer und ebendadurch die sämmtlichen oder doch mindestens die im zweiten Beweissatze geschilderten erheblicheren Beschädigungen des klägerischen Hauses hätten abgewendet werden können. Anlangend aber

b. den vierten Beweis, so wird sich das zu erstattende neue Gutachten auf die im Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 5. October 1853 sub 3 a. enthaltene Frage zu beschränken haben, da die auf die erste Beweisalternative des Beklagten sich beziehenden sub 3 b. erwähnten Fragen durch das einstimmige Gutachten der Sachverständigen bereits ihre Erledigung gefunden haben. Zu 3 a. aber werden die neuen Sachverständigen zu veranlassen sein, sich ganz besonders über den wesentlichen Punct bestimmt zu erklären, über welchen die Aussprüche der gegenwärtigen von einander abweichen, ob nämlich auf technisch richtigen Baurissen bei Profilzeichnungen von Fundamenten eine die letzteren unten abschneidende gerade Horizontallinie, wie solche sich auf den vorliegenden, dem Bauamte vorgelegten Zeichnungen findet, im Gegensatze gegen die gebrochene Linie bestimmt andeutet, daß die Fundamente nicht tiefer als die Linie angibt, gelegt werden sollen.

CXLIV.

Rothschild u. Eltzbacher zu Cöln, Kläger
contra
Johann Friedrich Haaß dahier, Beklagten.

J. F. Haaß kaufte von Rothschild u. Eltzbacher in Cöln in Folge zweier Briefe im September 1855 — Malter Waizen. In diesen Briefen stand die Clausel, daß Haaß Domicil in Cöln bei dem dortigen Kaufmann Winter gewählt habe.

Da Haaß den Waizen nicht bezog, so forderten Rothschild u. Eltzbacher denselben im März 1856 zum Bezug des Waizens und Zahlung des Kaufpreises durch einen jenem Winter insinuirten Act auf und erhoben demnächst Klage auf Auflösung des Kaufgeschäfts und Verurtheilung zum Schadensersatze bei dem Handelsgerichte zu Cöln. Nachdem die Vorladung demselben Winter, Namens des Beklagten, insinuirt worden, im Termin aber letzterer nicht erschienen war, erwirkten Kläger gegen ihn zwei Contumacialurtheile, in welchen Beklagter, den Klaganträgen gemäß, verurtheilt wurde. Auch diese ließen Kläger dem genannten Winter insinuiren.

Kläger suchten nun gegen den Beklagten in seinem Wohnorte Frankfurt um Vollzug der beiden Urtheile des Handelsgerichts zu Cöln nach. Der Beklagte bestritt die Vollziehbarkeit derselben, wurde aber vom Stadtgerichte am 8. October 1856 für schuldig erkannt, den Klägern die in jenen beiden Urtheilen ihnen zuerkannten Summen nebst Zinsen und Kosten zu zahlen.

Auf Appellation des Beklagten und dessen Antrag auf Actenversendung wies das Spruchcollegium zu Halle am 19. October 1857 den Kläger mit der angestellten Klage ab und zur Ruhe. Auf Appellation der Kläger und auf vom Beklagten beantragte Actenversendung wurde dies Urtheil vom Spruchcollegium zu Kiel am 4. December 1858 bestätigt.

305. Vollstreckbarkeit ausländischer Erkenntnisse, namentlich Rheinpreußischer. Princip der Reciprocität. Actio judicati. Abweisung derselben.
(cf. oben Nr. 259.)

Die Kläger beschweren sich deßhalb, weil nicht nach ihren Klaganträgen erkannt, insbesondere weil sie mit ihrer actio judicati abgewiesen worden seien. Allein es ist ihnen nicht gelungen, die im Wesentlichen durchaus zutreffenden Gründe des vorigen Richters zu widerlegen.

Zwar läßt es derselbe

A. zweifelhaft erscheinen, ob schon der Grundsatz der Reciprocität die Abweisung der Klage hinreichend rechtfertige. Er ist nsbesondere von dem Beklagten in allen Instanzen zu seiner

Vertheidigung geltend gemacht, und scheint auf den ersten Blick zu folgendem Gedankengang zu führen. Nach den in Rheinpreußen zur Anwendung kommenden Ansichten des Französischen Proceßrechts werden Urtheile auswärtiger, also auch frankfurter Gerichte, nicht vollstreckt, sie wären denn von einem rheinpreußischen Gerichte für vollstreckbar erklärt. Diese Erklärung erfolgt auf klägerischen Antrag, doch so, daß dem beklagten Inländer freisteht, dagegen jede Vertheidigung geltend zu machen, gleich als ob durch das in Rede stehende Urtheil der Streit noch nicht entschieden wäre. Hieraus scheint zu folgen, daß die rheinpreußischen Gerichte dem frankfurter Urtheile die Anerkennung der Rechtskraft überhaupt versagen. Vermöge des Grundsatzes der Reciprocität würden daher auch die frankfurter Gerichte die Rechtskraft eines von dem Cölner Handelsgerichte gegen einen Frankfurter gefällten Urtheils nicht anerkennen können, vielmehr eine darauf gestützte actio judicati des Klägers auf Verlangen des Beklagten abweisen müssen.

Zur Widerlegung dieser Argumentation haben Kläger

1. zu zeigen versucht, daß jener Grundsatz der Reciprocität nur dann Anwendung finde, wenn die Vollstreckung des im Auslande gefällten Urtheils im Wege der Requisition von Seiten des ausländischen Gerichts an ein Gericht des Inlandes nachgesucht werde. In solchem Falle könne allerdings das Letztere dem Begehren des Ersteren nur unter der Voraussetzung entsprechen, daß das Erbieten zu gleicher Rechtshülfe hinzugefügt sei und auch bei vorkommender Gelegenheit in der That erfüllt werde. Im vorliegenden Falle aber sei von ihnen vor dem Gerichte des Inlandes eine actio judicati, eine selbstständige Klage aus der im Auslande rechtsgültig erworbenen obligatio judicati erhoben. Gleichwie nun anderweitige im Auslande begründete privatrechtliche Forderungsrechte vor den Gerichten des Inlandes klagend verlangt werden können, wobei denn die Aufgabe des angegangenen inländischen Richters im Wesentlichen sich darauf beschränke, zu untersuchen, ob das Forderungsrecht im Auslande gültig entstanden, so sei dies auch mit der von ihnen gegenwärtig geltend gemachten, aus dem auswärtigen Urtheile entspringenden Verpflichtung des Beklagten der Fall. Der inländische Richter habe daher nur zu

untersuchen, ob die letztere gültig entstanden sei, ob insbesondere der ausländische Richter zuständig gewesen, ob das Urtheil zur Vollstreckung reif und etwa ob es nicht mit einer Nichtigkeit behaftet sei. Die völkerrechtliche Frage nach der Reciprocität bleibe dabei gänzlich aus dem Spiele, eben weil es sich nur um Geltendmachung einer dem Privatrechte angehörenden Forderung handle.

Für diese Ansicht der Kläger lassen sich, wie nicht verschwiegen werden darf, Auctoritäten anführen aus neuester Zeit, wie

Wetzell System des ordentlichen Civilprocesses S. 325

und eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Cassel in

Hauser Annalen Jahrgang 3. S. 636 ss.

auch mitgetheilt bei

Seuffert Archiv Bd. 11 S. 147 ss.

Gleichwohl kann sie für den vorliegenden Fall nicht als maßgebend angesehen werden, aus folgenden Gründen.

a. Zunächst widerspricht ihr die bestehende völkerrechtliche Uebung in den deutschen Staaten und insbesondere die der frankfurter Gerichte. Wo überhaupt Reciprocität für die Vollstreckung auswärtiger Urtheile im Inlande vorausgesetzt wird, da wird diese Forderung schlechthin gestellt, ohne daß ein Unterschied gemacht würde mit Beziehung auf den formellen Weg, in welchem der Antrag des Siegers auf Vollstreckung an das inländische Gericht gelangt, ob direct mittelst einer sogenannten actio judicati oder durch Vermittelung des auswärtigen Gerichts.

Mittermaier im Civ. Archiv Bd. 14 S. 86 ff.

Foelix de l'effet ou de l'exécution des jugemens dans les pays étrangers, Paris 1843 p. 7. 11. 16 ss.

Foelix traité du droit international privé. 2^me éd. Paris 1847 p. 377. 380. 384.

Daß es auch in Frankfurt nicht anders gehalten werde, ergibt sich zunächst aus dem von beiden Partheien angezogenen Senatsbeschluß vom 12. October 1816, in welchem einer ansuchenden Parthei ein Attestat, dessen sich die Gerichte in künftigen ähnlichen Fällen als Formulars zu bedienen zugleich angewiesen werden, auszustellen verfügt wurde, daß man in Frankfurt „auf Requisition oder auf Antragen der Partheien" die von rich-

terlichen Behörden deutscher Staaten competenterweise gefällten rechtskräftigen Erkenntnisse ohne Anstand zu vollstrecken pflege, sofern das reciprocum vollständig erwiesen sei; damit übereinstimmend tragen die von

Foelix de l'exécution des jugemens p. 55 ss.

im Auszuge angeführten Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts zu Lübeck zu einem Urtheil vom 31. Januar 1825 in einer Frankfurter Sache (Mielle u. Comp. gegen Th. Abr. Cohen) kein Bedenken, den Grundsatz der Reciprocität auch auf die auf ein französisches Urtheil gegründete actio judicati anzuwenden, wenn sie gleich über den wahren Inhalt der französischen Rechtsansicht rücksichtlich der Vollstreckbarkeit auswärtiger Urtheile sich zweifelhaft aussprechen. Ja selbst die von den Klägern für sich angeführten neueren Erkenntnisse des frankfurter Stadtgerichts vom 24. December 1855 und Appellationsgerichts vom 9. Februar 1856 in Sachen Kämper gegen Friedrichs stellen keineswegs die Nothwendigkeit des Daseins der Reciprocität für den Fall einer actio judicati in Abrede, sie legen vielmehr im Gegentheile Gewicht darauf, daß auch in Rheinpreußen auswärtige Urtheile vollstreckt werden, wenn sie zuvor durch das dortige Gericht für executorisch erklärt worden sind.

b. Diese gleiche Behandlung beider von den Klägern einander entgegengesetzter Fälle hat aber auch ihren guten inneren Grund. Unzweifelhaft und ohne daß es einer weiteren Ausführung bedarf, dann, wenn das, was heutzutage actio judicati genannt wird, in der That weiter nichts ist, als ein Executionsantrag, der ausnahmsweise nicht bei dem Richter der Hauptsache, sondern direct bei dem Richter, der den zur Execution erforderlichen Gerichtsgang über Person und Vermögen des Besiegten in Händen hat, angebracht wird. Der Unterschied beider Fälle für die hier allein in Betracht kommende Frage der Vollstreckbarkeit liegt nur darin, daß im ersteren zur Ueberzeugung des requirirten Richters von der Rechtmäßigkeit des gestellten Begehrens vom Kläger die Unterstützung und Vermittelung des Richters der Hauptsache in Anspruch genommen wird, während der Kläger im letztern Falle diese Mühe selbst übernimmt. In beiden Fällen aber sind die Gegen-

stände der Prüfung des requirirten Richters dieselben: er hat sich zu überzeugen von der Zuständigkeit des Richters, der das zu exequirende Urtheil gefällt hat, von der Rechtskraft des letztern, sowie von dem Mangel etwaiger Nichtigkeitsgründe. Denn in beiden Fällen handelt es sich gleichmäßig um die Anwendung der dem requirirten Richter anvertrauten staatlichen Zwangsgewalt zur Ausführung eines obrigkeitlichen Ausspruchs, der dazu bestimmt ist, die bis dahin streitigen Rechtsverhältnisse der Partheien definitiv zu regeln: des Urtheils. Die Frage ist daher überall dieselbe, ob die gesetzlich dazu berufene Obrigkeit in den gesetzlichen Formen des Verfahrens bis zu einem definitiven Ausspruche fortgeschritten war. Hieraus folgt aber, daß die Frage, ob derartige obrigkeitliche Aussprüche auch im Auslande von dortigen Gerichten in Vollzug zu setzen seien, insbesondere ob dabei von der Voraussetzung der Reciprocität auszugehen sei, für beide Fälle ganz dieselbe ist, einerlei, ob das Ersuchen um Vollstreckung von dem Sieger direct bei dem ausländischen Richter gestellt wird oder durch Vermittelung des inländischen Richters, der das Urtheil gefällt hatte.

Aber selbst die Auffassung, welche die Kläger von der actio judicati vertheidigen, führt in dieser Beziehung zu demselben Resultate. Angenommen nämlich, daß auch für unser heutiges Recht diejenige dem älteren römischen Recht entnommene Ansicht die richtige ist, — und sie wird allerdings von angesehenen Rechtslehrern festgehalten, — nach welcher aus dem rechtskräftigen Urtheile oder vielleicht richtiger aus der durch das Urtheil purificirten Litiscontestation der Partheien eine neue Obligation von privatrechtlicher, dem Contracte sich annähernden Bedeutung entspringt, welche ein neues Klagrecht, die actio judicati, erzeugt, so ist doch so viel klar und auch von Anhängern jener Ansicht, wie

Buchka vom Einfluß des Processes 2c. Bd. II. S. 215
Wetzell a. a. O. S. 445

bereits hervorgehoben, daß dieses Klagrecht materiell völlig dasselbe bleibt, einerlei ob es mittelst eines selbstständigen formellen Klagantrags oder mittelst einer imploratio officii judicis, d. h. eines Executionsantrages bei dem Richter der Hauptsache, geltend gemacht werden soll. Daraus folgt aber, daß, wenn überhaupt die

Grundsätze von der Anerkennung im Auslande entstandener Privatrechtsansprüche auch auf die aus einem answärtigen Urtheile entspringende obligatio und actio judicati anzuwenden sind, dies wenigstens bei der Frage nach dem materiellen Werthe eines solchen Anspruchs nicht bloß dann der Fall sein muß, wenn jenes Klagrecht in Form eines selbstständigen Klagantrags im Inland vorgebracht wird, sondern auch wenn derselbe in der Form einer Requisition von Seiten des auswärtigen Richters an die inländischen Gerichte gelangt. Es möchte immerhin sein, daß der inländische Staat aus Rücksichten auf die bei ihm herrschende Form des Verfahrens oder auf die Bequemlichkeit seiner Gerichte oder der Partheien die eine oder die andere Form als die ausschließliche bezeichnet hätte, um dergleichen Fragen im Inlande gerichtlich anhängig zu machen, oder daß er in dieser Beziehung dem Sieger die freie Wahl zwischen beiden Formen gelassen hätte, immer würde die Untersuchung des inländischen Richters sich gleichmäßig darauf zu erstrecken haben, ob jenes privatrechtliche Verhältniß im Auslande gültig entstanden und welche Anerkennung mit Rücksicht auf die diesseitigen gesetzlichen Vorschriften demselben gebühre. Denn auch im Falle der gerichtlichen Requisition wird diese Untersuchung keineswegs ausgeschlossen, sondern höchstens durch die zu benutzenden Versicherungen und Zeugnisse des requirirenden Richters, allenfalls durch die von ihm gestattete Einsicht der Acten vereinfacht. Die gültige Entstehung der obligatio judicati würde aber bedingt sein durch den Nachweis, daß von dem zuständigen Gerichte in gesetzlicher Form des Verfahrens bis zu einem rechtskräftigen Ausspruche fortgeschritten sei. Sofern nun ein auswärtiger Staat trotz des Nachweises, daß diesen drei Bedingungen genügt sei, dennoch die Vollstreckung eines inländischen Urtheils sowohl im Wege gerichtlicher Requisition, als im Wege eines selbstständigen Klagantrags von Seiten des Siegers verweigert, so hat dies eben nur den Sinn, daß er solchen privatrechtlichen Ansprüchen, die aus diesseitigen Urtheilen entspringen, die Anerkennung und den Rechtsschutz entzieht. Nichts ist daher begreiflicher, als daß der inländische Staat zu Retorsionsmaßregeln greift, um sein eigenes Ansehen und das Interesse seiner

Unterthanen zu wahren. Aber dieser Zweck würde offenbar nur unvollkommen erreicht, wenn die Retorsion sich darauf beschränken wollte, den Urtheilen jenes auswärtigen Staats die Anerkennung zu verweigern, falls sie in einer der beiden ebengenannten Formen vor die inländischen Gerichte gebracht würden. Es ist wahr, daß durch die volle Ausführung der Retorsion eine Ausnahme von dem Satze herbeigeführt wird, wonach auswärts gültig entstandene Privatrechte regelmäßig auch im Inlande geschützt werden; es ist wahr, daß in Folge dessen einzelne Private hart getroffen werden mögen und als Opfer für das Wohl des Ganzen zu leiden haben. Allein diese Folgerungen beweisen nur, was auch ohne sie feststeht, daß die Retorsion eine Störung der internationalen Verhältnisse voraussetzt und hervorruft, unter welcher die Einzelnen in mannigfacher Weise zu leiden haben. Sie beweisen aber nicht, daß ein Einzelner die Befugniß habe, zu verlangen, daß zu seinen Gunsten von der von Rücksichten des Staatswohls überhaupt ausgehenden Maßregel der Retorsion eine Ausnahme zu machen sei.

c. Hierzu kommt endlich, daß selbst wenn die klägerische Unterscheidung richtig wäre, sie dennoch im vorliegenden Falle zu keinem andern Resultate führen würde. Angenommen nämlich, daß es sich vorliegend nur um die Geltendmachung eines im Auslande entstandenen Privatrechts der obligatio judicati handele, so würde doch unzweifelhaft rücksichtlich der gültigen Entstehung sowohl als rücksichtlich der Wirkungen zunächst dasjenige Rechtssystem maßgebend sein, unter dessen Schutz diese Obligation entstanden ist.

v. Savigny System Bd. 8 S. 260

Nun geht aber die französische und rheinpreußische Gesetzgebung und Jurisprudenz ganz entschieden von dem Satze aus, daß richterliche Urtheile, als Ausflüsse der Staatsgewalt selber, an und für sich nur innerhalb des Gebiets dieser Staatsgewalt rechtliche Wirkungen zu erzeugen vermögen. Darauf beruht der in Artikel 546 der Civilproceßordnung verbunden mit den Artikeln 2123 und 2128 des Civilgesetzbuchs enthaltene Satz, daß auswärtige Urtheile an und für sich im Inlande nicht executorisch sind. In diesem Sinne sagt z. B.

Foelix droit international p. 371.

Quant au jugement une maxime incontestée établit, que l'autorité dont les juges de chaque Etat sont investis pour regler les relations des justiciables, même contre le gré de ces derniers, tire son origine ou sa force uniquement du pouvoir souverain du même Etat, par l'effet de la nomination des juges faite par ce pouvoir ou par ses délégués. Il suit de là conformement du principe de l'indépendence des nations, que dans la rigueur du droit (en droit strict) les jugements rendus dans un Etat, ne peuvent avoir d'effet dans les pays étrangers.

(Aehnlich Merlin question de droit, vo. Jugement § 14)

und auf diesem Gedanken, den er für die allein richtige Grundlage des Völkerrechts überhaupt erklärt, ruht auch die französische Gesetzgebung, wie er insbesondere aus der Entstehungsgeschichte des oben angezogenen Artikels 546 nachweist.

ibid. p. 401. 405.

Die verbindliche Kraft des Urtheils für die Partheien stützt sich sonach nicht etwa auf deren übereinstimmenden Willen, sich demselben zu unterwerfen und danach den Inhalt des streitigen Rechtsverhältnisses künftig ausschließlich zu bestimmen, — eine Vorstellung, die auch Fölix zwar kennt, aber ausdrücklich verwirft,

ibid. p. 379 nte. 3

sondern auf seine Eigenschaft eines obrigkeitlichen Ausspruchs, welcher als solcher innerhalb des Gebiets dieser Obrigkeit von den Partheien als unabänderlich anerkannt werden muß. Mit andern Worten: es entspringt nach französischem und rheinpreußischem Rechte aus dem Urtheile keine contractähnliche obligatio und actio judicati, und es kann daher auch nicht eine solche aus einem französischen oder rheinpreußischen Urtheile abgeleitet und wie jedes andere Privatrecht im Auslande zur Anerkennung gebracht werden. Hiergegen kann auch nicht eingewendet werden, daß doch die französische und rheinpreußische Gesetzgebung in denselben

Artikeln ausdrücklich die Möglichkeit anerkennen, daß auswärtige Urtheile von inländischen Tribunalen für executorisch erklärt und dadurch in ihrer Kraft den inländischen Urtheilen gleichgestellt werden. Denn einmal geschieht dies in der Praxis jener Länder eben nur, nachdem das inländische Tribunal nicht bloß die formelle Gültigkeit, sondern auch die materielle Gerechtigkeit des auswärtigen Urtheils geprüft und gegründet befunden hat, ein Verfahren, welches der Nichtanerkennung des auswärtigen Urtheils in der Sache selbst so ziemlich gleichkommt. Sodann aber würde, selbst wenn jene Praxis, wie Kläger behaupten, dem wahren Inhalte der französischen und rheinpreußischen Gesetze widerspräche und die dortigen Gerichte angewiesen wären, nur die formelle Gültigkeit auswärtiger Urtheile vorgängig zu prüfen, der Grund, der die Vollstreckbarkeitserklärung gebietet, nicht etwa in dem Grundsatze der Anerkennung auswärts gültig entstandener Privatrechte liegen, sondern in der Rücksicht auf die Herstellung eines freundnachbarlichen Verhältnisses und auf gegenseitigen Nutzen. Diese Rücksicht wäre es, welche eine Ausnahme des strengen Rechts herbeiführt und das Inland veranlaßt, obrigkeitliche Aussprüche des Auslandes beim Nachweise ihrer formellen Gültigkeit auch im Inlande für maßgebend erklären zu lassen.

Vergl. **Foelix ibid. p. 372 ss.**

Aber eben diese Rücksicht würde nothwendig auf die Voraussetzung der Reciprocität hinführen. Hieraus ist klar, daß die Kläger nicht Recht haben, wenn sie behaupten, sie verlangen durch Anstellung ihrer **actio judicati** genau dasselbe, was vor rheinpreußischen Gerichten der Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung bedeute. Sie verlangen Anerkennung einer bereits bestehenden privatrechtlichen Obligation. Jener Antrag aber bedeutet die Bitte, daß durch einen richterlichen Ausspruch für den Besiegten eine Verbindlichkeit erst neu begründet werde, die an und für sich dem strengen Rechte nach dort noch gar nicht existirt. — Erzeugt mithin nach dieser Ausführung das französische und rheinpreußische Urtheil nach dortigem Rechte überhaupt keine **obligatio judicati** im Sinne einer contractsähnlichen Privatrechtsobligation, so kann eine solche auch in Frankfurt von den Klägern nicht geltend gemacht werden.

Muß daher auch für den vorliegenden Fall die Forderung der Reciprocität festgehalten werden, so haben doch eventuell

2. Kläger wiederholt zu zeigen versucht, daß das rheinpreußische Recht dieser Forderung auch in der That Genüge leiste. Es ist ihnen indeß nicht gelungen, die Ausführung des vorigen Richters zu widerlegen. Wenn sie nämlich sich darauf berufen, daß auch nach rheinpreußischem Rechte auswärtige Urtheile für executorisch erklärt werden, somit allerdings als Urtheile einen gewissen Werth haben, so beweist dies für die hier zunächst vorliegende Frage nichts. Es handelt sich darum, zu wissen, ob die rheinpreußischen Gerichte das diesseitige Urtheil nicht etwa bloß als Grundlage der Verhandlung oder auch als einstweilen beweisendes Zeugniß für das Recht des Siegers, sondern in dem bestimmten Sinne anerkennen, daß das Materielle des Rechtsstreits unter den Partheien dadurch als erledigt angesehen, ein neues Eingehen darauf den Partheien versagt wird. Denn das ist's, was Kläger bei ihrer actio judicati zunächst für sich in Anspruch nehmen. Nun ist aber von dem vorigen Richter genügend nachgewiesen, daß in Rheinpreußen dem nicht so ist, daß die dortigen Gerichte vielmehr, bevor sie ein auswärtiges Urtheil für executorisch erklären, der besiegten Parthei, unzweifelhaft, wenn sie ein Inländer ist, die Möglichkeit einer neuen vollständigen Vertheidigung in der Sache selbst gewähren. Gleiches Recht werden demnach die Frankfurter Gerichte dem Beklagten im vorliegenden Falle nicht verweigern können. Dagegen suchen die Kläger vergeblich geltend zu machen, daß jene Ansicht der rheinpreußischen Gerichte eine irrige, insbesondere deßhalb sei, weil die Ordonanz von 1629, worauf das französische Recht ruhe, in Rheinpreußen nie gegolten habe, weil ferner der Artikel 14 des Code civil in Rheinpreußen aufgehoben sei. Denn selbst wenn dies richtig wäre, was rücksichtlich des aus der Aufhebung des Artikels 14 hergeleiteten Arguments noch sehr erheblichen Zweifeln unterliegt, so käme es doch deßhalb nicht in Betracht, weil es bei der Frage, ob in Rheinpreußen der Forderung der Reciprocität genügt ward, nicht sowohl darauf ankommt, was die dortigen Gerichte gesetzlich thun sollten, sondern auf das, was sie thatsächlich thun. In dieser Beziehung haben aber Kläger

den Nachweisungen des vorigen Richters über die Thätigkeit der rheinpreußischen Gerichte durchaus nichts entgegenzusetzen vermocht.

Wenn sonach schon wegen der mangelnden Reciprocität dem Antrage der Kläger in dem Sinne nicht stattgegeben werden kann, daß die Cölner Urtheile ohne weiteres Eingehen auf die Gerechtigkeit der in ihnen enthaltenen Entscheidung in Frankfurt zur Vollstreckung gebracht werden, so könnte doch

3. zweifelhaft sein, ob darum Kläger mit ihrer Klage ohne Weiteres abzuweisen seien. Denn auch die Gerichte Frankreichs und Rheinpreußens lassen doch wenigstens einen Antrag des Siegers auf Vollstreckbarkeitserklärung des auswärtigen Urtheils zu umgehen in eine Prüfung des demselben zum Grunde liegenden Streitverhältnisses nur unter der Voraussetzung ein, daß Beklagter ausdrücklich dieselbe verlangt und seine dahin zielenden Einwendungen vorbringt. In der That hat nun Beklagter im vorliegenden Falle nicht bloß eine erneuerte Prüfung des klägerischen Anspruchs verlangt, sondern zugleich eine Reihe von Einwendungen vorgebracht, aus denen die mangelhafte Begründung desselben hervorgehen soll. Es könnte demnach scheinen, daß eine Abweisung der Kläger erst dann erfolgen sollte, wenn diese Einwendungen geprüft und gegründet befunden wären. Dadurch wäre für die Kläger durch das im Auslande erfochtene siegreiche Urtheil wenigstens der bedeutende Vortheil gesichert, daß ihr Anspruch einstweilen als gerecht vermuthet und die Last der Widerlegung auf den Beklagten gewälzt wäre. Es mag dahin gestellt bleiben, ob eine solche Behandlung für den Fall eines von den Klägern in Frankreich oder Rheinpreußen nach contradictorischer Verhandlung der Streitsache erfochtenen günstigen Urtheils sich rechtfertigen und insbesondere mit den Einrichtungen und dem Gange des deutschen Verfahrens, etwa durch Analogie eines Mandatverfahrens, in Einklang bringen läßt. Für den vorliegenden Fall, wo es sich lediglich um zwei Contumacialurtheile handelt, muß diese Auffassung jedenfalls verworfen werden. Das, was die Kläger erfochten haben, ist ein rein formeller Sieg, aus dem auch nicht einmal eine derartige Vermuthung für die Gerechtigkeit ihres Anspruchs abgeleitet werden kann. Da nun aber vermöge des

Grundsatzes der Reciprocität den rheinpreußischen Urtheilen eine formell verbindende Kraft in Frankfurt nicht zugestanden werden kann, so bleibt für die Kläger in der That nichts übrig, worauf gestützt sie aus jenen Urtheilen eine günstigere processualische Lage herzuleiten vermöchten, als sie dem Beklagten gegenüber ohnehin einzunehmen haben. Besteht demnach dieses Letztere auf einer wiederholten Prüfung des Streitverhältnisses selbst, so wird es zunächst Sache der Kläger sein, ihren Klaganspruch zu begründen und zu beweisen. Ob das in demselben Processe geschehen könne, braucht hier nicht näher untersucht zu werden, da Kläger in dieser Richtung, wie zur zweiten Beschwerde zu zeigen ist, nichts gethan haben. Die jetzige Klage war daher jedenfalls abzuweisen.

306. Vollstreckbarkeit französischer Contumacialerkenntnisse. Mangel der Rechtskraft.

Zu demselben Resultate (Abweisung der Kläger) führt der den Cölner Urtheilen anklebende Mangel der Rechtskraft. Es ist unbestritten, daß in Deutschland nach gemeinem Proceßrechte kein Urtheil zur Vollstreckung gebracht werden kann, gegen welches von Seiten des Besiegten noch Rechtsmittel mit Suspensivkraft zulässig sind. Nun gestattet aber das französische Recht gegen Contumacialurtheile der hier vorliegenden Art dem Besiegten das mit Suspensivkraft versehene Rechtsmittel der Opposition und zwar bis zum Augenblicke der Execution selbst. Daß eine solche bereits stattgefunden, haben Kläger nicht behauptet. Die fraglichen Urtheile haben daher diejenige Eigenschaft noch nicht erlangt, die für die Möglichkeit eines deutschen Executionsantrags unumgänglich ist. Hiergegen läßt sich auch nicht mit den Entscheidungsgründen des stadtgerichtlichen Erkenntnisses einwenden, daß dergleichen Urtheile doch nach französischem Rechte vollstreckbar sind und auch im deutschen Proceßrechte Fälle vorkommen, in denen trotz mangelnder Rechtskraft die Vollstreckung zulässig ist. Denn diese letzteren Fälle haben eine durchaus verschiedene rechtliche Natur. Sie setzen ein Urtheil voraus, gegen welches zwar noch Rechtsmittel, aber ohne Suspensiveffect zulässig sind, sie gestatten also eine provisorische Execution mit Vorbehalt einer späteren

Revision je nach dem Ausfalle eines etwa eingewandten Rechtsmittels. Jene französische Einrichtung dagegen eröffnet die Möglichkeit, den Versuch einer Execution zu machen, der aber sofort aufzugeben ist, falls der Besiegte das mit Suspensivkraft versehene Rechtsmittel der Opposition dagegen einwendet. Fälle solcher Art sind dem deutschen Rechte unbekannt, sie werden vielmehr durch die oben aufgestellte unbestrittene Regel geradezu unmöglich gemacht. — Mehr Schein hat es, wenn die Kläger ausführen, die Anstellung der gegenwärtigen Klage sei der Beginn der Execution, der Beklagte habe daher seine Opposition nunmehr in Cöln erheben müssen und da er dies nicht gethan, sei er damit ausgeschlossen, die Urtheile folglich unanfechtbar und vollziehbar auch im deutschen Sinne. Allein die Frage ist ja eben, ob Kläger berechtigt sind, durch Anstellung der gegenwärtigen Klage die Execution zu beginnen und gerade dies ist nach deutschem Proceßrechte zu verneinen. Es gibt in Deutschland keine derartige versuchsweise begonnene Execution und am wenigsten hat die actio judicati einen solchen Charakter. Es fehlt mithin dem deutschen Processe an einer Form, durch welche die Kläger den Beklagten zu zwingen vermöchten, über seine etwaige Opposition gegen die Cölner Contumacialurtheile sich zu erklären. Daß dem so ist, begreift sich auch vollkommen, da die Abgabe eines deutschen Contumacialurtheils an ungleich erschwerendere Voraussetzungen gebunden ist, als die solcher jugements par défaut. Die Entscheidungsgründe des vorigen Urtheils haben daher vollkommen Recht, wenn sie es von dem Inhalte besonderer Staatsverträge abhängen lassen, ob und welche Wirkung derartigen französischen Contumacialurtheilen in Deutschland beizulegen sei. — Wollte man aber auch diesen rein formellen Standpunct verlassend den Klägern gestatten, die ihnen aus den Cölner Urtheilen erwachsenen Rechte mittelst selbstständiger Klage in Frankfurt geltend zu machen, so könnte dies doch nur in dem Umfange und mit der Wirkung geschehen, die diese Urtheile in Cöln selbst dem Beklagten gegenüber haben. Diese beschränkt sich aber in der That sachlich darauf, daß die Kraft jener Urtheile von der freiwilligen Unterwerfung des Beklagten abhängt und aufhört, sobald er volle Vertheidigung dagegen verlangt

und dieselbe zu übernehmen sich erbietet. Das ist nun von dem Beklagten im vorliegenden Falle wiederholt geschehen, damit aber auch die Kraft jener Urtheile zerstört. Daß die Erklärung des Beklagten nicht in der Form einer französischen Opposition, sondern in der einer deutschen Einrede gegen die Vollstreckbarkeit der Urtheile erfolgt ist, rechtfertigt sich durch den bekannten Rechtssatz, wornach die Form der Vertheidigung sich nach dem am Orte des Gerichts geltenden Rechte zu richten hat. Die Kläger waren daher mit ihrer jetzigen Klage ab und auf den Weg einer selbstständigen Klage aus dem streitigen Rechtsverhältnisse selbst zu verweisen.

307. Vollziehung eines auswärtigen Urtheils. Mangel der Zuständigkeit des Gerichts, dessen Urtheil vollzogen werden soll. Forum prorogatum.

Die Abweisung der Klage mußte um so mehr geschehen, als die Competenz des Cölner Handelsgerichts nicht als begründet angesehen werden kann. Bei der von den Klägern in jetziger Instanz wiederholt zur Sprache gebrachten Frage, nach welchen Gesetzen die Competenz des urtheilenden Richters in Fällen der vorliegenden Art zu bemessen sei, ist nun allerdings unzweifelhaft, daß die Competenz desselben nach seinen eigenen Gesetzen feststehen müsse. Denn ein von einem nach seinem eigenen Rechte unzuständigen Richter gesprochenes Urtheil ist nichtig und kann daher auch im Auslande keine Wirkung erzeugen. Dabei wäre es freilich Sache des Siegers die Zuständigkeit, resp. Sache des Verurtheilten eine auf deren Mangel gestützte Einrede der Nichtigkeit gehörig zu begründen und nachzuweisen, wodurch sich der von Mittermaier im

Civ. Arch. Bd. 14 p. 103

geäußerte Zweifel erledigt. Außerdem aber wird ferner die davon ganz verschiedene völkerrechtliche Frage zu untersuchen sein, ob die dem auswärtigen Richter, der das Urtheil gesprochen hat, nach seinem Rechte zustehende Competenz mit den auf Rücksichten des öffentlichen Wohls ruhenden Rechtsgrundsätzen des Inlandes, in welchen die Vollstreckung nachgesucht wird, in Einklang stehe. Denn das Inland kann nie eine Competenz des auswärtigen Richters anerkennen, welche auf eine Rechtsregel sich stützt, die

inländischen verbietenden Gesetzen widerspricht oder nach inländischem Maßstabe einen Uebergriff des Auslandes über die dem Staate als solchem gebührenden Jurisdictionsgrenzen enthält. Der inländische Maßstab ist aber zu erkennen aus der inländischen Gesetzgebung über die Competenz der Gerichte. Einen Gerichtszwang, den danach der inländische Staat für sich nicht in Anspruch nehmen zu können glaubt, den kann er auch dem Auslande nicht zugestehen. In diesem Sinne wird allerdings die Competenz des auswärtigen Richters, bevor dessen Urtheil im Inlande vollstreckt werden kann, auch nach dem inländischen Rechte als vorhanden nachgewiesen sein müssen, wie dies denn auch von den Rechtslehrern ziemlich übereinstimmend verlangt wird

Feuerbach Themis p. 95 ss.
Wächter im Civ. Arch. Bd. 25 p. 408
Heffter System des Civilpr. § 509
Foelix droit internat. p. 374
Wetzell System p. 326

und auch von dem Oberappellationsgerichte zu Lübeck in einer Frankfurter Sache angenommen ist.

Römer Sammlung Bd. I. p. 337.

Legt man daher bei Prüfung der Competenz des Cölner Handelsgerichts die Anforderungen des frankfurter Rechts zu Grunde, so ergibt sich, daß zunächst von einem forum contractus in Cöln nicht, wie Kläger wollen, die Rede sein kann. Denn dieses ist nach frankfurter Recht nur unter der Voraussetzung der persönlichen Anwesenheit des Beklagten oder mindestens des Güterbesitzes in Frankfurt begründet.

Bender Lehrb. des Frankf. Civilpr. p. 46
Römer Sammlung Bd. I. p. 334. Bd. III. p. 41.

Aber auch als forum prorogatum läßt sich die Competenz des Cölner Handelsgerichts nicht begründen. Zwar muß allerdings nach der vom vorigen Richter gegebenen Ausführung darin, daß Beklagter in Cöln für die fraglichen Verträge Domicil gewählt hat, auch die Erklärung gefunden werden, daß er sich dort verklagen lassen wolle. Allein diese Prorogation kann eine für den frankfurter Staat wirksame Competenz des Cölner Gerichts nicht

hervorrufen. Es mag dahin gestellt bleiben, ob die Behauptung Benders,

l. c. p. 48

daß in Frankfurt Prorogation des Gerichtsstandes in keiner Weise statthaft sei, richtig ist. Jedenfalls verdient nach gemeinem deutschen, auch in Frankfurt insoweit nicht durch besondere Vorschriften geänderten Rechte die Ansicht den Vorzug, daß Prorogation auf einen ausländischen Richter im Inlande keine Wirkung erzeugen und somit jenem keine im Inlande anzuerkennende Competenz beilegen könne. Die Gründe für diesen auch bis in die neueste Zeit nicht unbestrittenen

Wetzell System p. 335 nte. 27

und von dem Oberappellationsgerichte zu Lübeck in einer Hamburger Rechtssache, wenn auch nicht geradezu verworfenen, doch jedenfalls nicht angewandten

Hamburger Sammlung Bd. 2 p. 671 ss.

Rechtssatz sind folgende.

Die im römischen Rechte gewährte, von dort in das canonische Recht und nach Deutschland übergegangene Befugniß der Partheien, sich freiwillig bei gegenseitiger Einwilligung der Gerichtsbarkeit eines an und für sich unzuständigen Richters zu unterwerfen, und denselben, falls er selbst nicht widerspricht, dadurch zum zuständigen zu machen, hat die Bedeutung, die Gerichtsbarkeit des Richters auf einen Fall zu erstrecken, der an und für sich außerhalb der ihm vom Staate angewiesenen Grenzen seiner amtlichen Geschäftsthätigkeit liegt. Allein daß der, welchem die Partheien sich unterwerfen, vom Staate Gerichtsbarkeit und insbesondere diejenige Gattung von Gerichtsbarkeit habe, welche für den fraglichen Fall erforderlich ist, das wird vorausgesetzt, weil sonst von einer freiwilligen Unterwerfung unter dieselbe nicht die Rede sein könnte. Gerichtsbarkeit also, d. h. die gesetzliche Befugniß zur Schlichtung von Rechtshändeln überhaupt oder solcher, wie der in Frage stehende, kann die Partheiübereinkunft und Unterwerfung nicht verleihen. In diesem Sinne sagt daher die bereits vom vorigen Richter angezogene

L. 3 C. de jurisdict. (3, 13)

privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli praeest judicio, nec quod is statuit, rei judicatae continet auctoritatem; und derselbe Gedanke liegt zum Grunde, wenn in L. 1 C. eodem das in Folge Parthei-Uebereinkunft und Unterwerfung gesprochene Urtheil eines eigentlich unzuständigen procurator Caesaris deßhalb für gültig erklärt wird, quum procurator judicandi potestatem inter certas habeat personas. Der Mangel der vom Staate dafür verliehenen Gerichtsbarkeit ist es denn auch, der es unbestritten unmöglich macht, an gewöhnliche Civilgerichte solche Sachen durch Privatübereinkunft und Unterwerfung zu bringen, die besonderen, dafür eingerichteten Gerichten vorbehalten sind, oder umgekehrt gewöhnliche Civilsachen an Gerichte, die nur für Sachen einer bestimmten Gattung vom Staate eingerichtet sind. Derselbe Mangel aber ist es, der auch die Unterwerfung Staatsangehöriger unter Gerichte des Auslandes als einen für die Zuständigkeit dieser Gerichte dem Inlande gegenüber völlig unzureichenden Rechtsgrund erscheinen läßt. Denn ihnen ist vom diesseitigen Staate überhaupt gar keine Gerichtsbarkeit, am wenigsten zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, die dem Inlande angehören, übertragen und kann ihnen durch Privatübereinkunft der Betheiligten nicht verschafft werden. Dem widerspricht nicht, daß das Inland unter gewissen Voraussetzungen die Urtheile auswärtiger Gerichte als solche und insoweit diese Gerichte als mit Gerichtsbarkeit versehene Behörden anerkennen mag. Denn diese auf dem völkerrechtlichen Principe der Gegenseitigkeit ruhende Anerkennung fremder Gerichtsbarkeit erstreckt sich nur auf die Rechtskreise, welche der ausländische Staat kraft seiner Staatsgewalt beherrscht und nach dem eigenen Rechtssysteme des Inlandes zu beherrschen als befugt angesehen werden muß. Der Umfang jener Rechtskreise bestimmt sich daher nach der Unterwürfigkeit der auf dem Gebiete des ausländischen Staats wohnenden Güterbesitzenden, Verbindlichkeiten übernehmenden Personen unter die dortige Staatsgewalt, und kann durch Uebereinkunft von Privaten mit verbindlicher Kraft für das Inland so wenig erweitert werden, wie der Umfang des Staatsgebiets selbst. Man kann auch nicht einwenden, daß, wenn das Inland die freiwillige Unterwerfung der Partheien

einmal als Grund der Zuständigkeit des angegangenen Richters aufstellte, derselbe Satz auch bei Beurtheilung der Zuständigkeit eines auswärtigen Richters anzuwenden sei, falls er dort ebenfalls gesetzlich in Uebung ist. Denn der Inhalt des Rechtssatzes ist eben nur der, daß den Partheien unter den Gerichten des Inlandes die Wahl eröffnet wird, und seine Anerkennung auf das Ausland bringt daher nur das mit sich, daß auch dort den Partheien die Wahl freistehen würde, eine ohnehin der Gerichtsbarkeit des Auslandes anheimfallende Streitsache vor einem beliebigen mit ausländischer Gerichtsbarkeit versehenen Richter zu verhandeln und entscheiden zu lassen. Ebensowenig wird man einwenden wollen, daß ja doch durch die Verlegung des Wohnsitzes, des Vermögens, der Eingehung von Verträgen u. s. w. ins Ausland die dortige Gerichtszuständigkeit begründet werde, jene Acte aber Ausflüsse der Privatwillkür seien. Denn immer ist es nicht diese letztere, sondern die Unterwerfung unter die das freiwillig betretene dortige Gebiet beherrschende ausländische Staatsgewalt, welche erst folgeweise auch die Unterwerfung unter die dortige Gerichtsbarkeit herbeiführt.

Aus der bisherigen Ausführung folgt nun allerdings nicht, daß es den Inländern verboten sei, sich freiwillig auswärtigen Gerichten zu unterwerfen. Die Annahme eines privatrechtlichen Interesses des Inlandes, die Rechtsstreitigkeiten seiner Staatsangehörigen zu entscheiden, widerspricht vielmehr, wie

Wetzell System p. 335 nte. 27

richtig bemerkt, der heutigen Gestaltung des Staatsrechts. Haben daher Inländer freiwillig im Auslande Processe geführt, so mögen die dort gesprochenen Urtheile immerhin als rechtsgültig zu Stande gekommen zu betrachten und von der Staatsgewalt des Auslandes als solche zu schützen sein. Und in diesem Sinne mag man sagen, daß heut zu Tage durch Prorogation auch ein ausländisches Gericht zuständig werde. Allein das ist gar nicht die hier vorliegende Frage. Was nach der obigen Ausführung geleugnet werden muß, ist die Wirksamkeit eines derartigen Urtheils für das Inland. Für das Inland ist das Urtheil als von einer mit Gerichtsbarkeit nicht versehenen Behörde gesprochen anzusehen,

da ihm diese durch die freiwillige Unterwerfung der Partheien nicht beigelegt werden konnte. In diesem beschränkten Sinne versteht denn auch der gewöhnlich als Vertheidiger einer entgegengesetzten Ansicht angeführte Busch

im Civ. Arch. Bd. 19 p. 28

die heutige Zulässigkeit einer Prorogation auf ein ausländisches Gericht und obgleich es dahin gestellt bleiben muß, ob auch die übrigen Gegner sich dieselbe Beschränkung gefallen lassen würden, so scheint doch soviel gewiß, daß ihre Gründe eben nur die Prorogationsbefugniß der Inländer an sich nachweisen, nicht die unbedingte Wirkung des ausländischen Urtheils für das Inland. Dies gilt von der Ausführung von

Stryk us. modern. I. 2 § 22—24
Martin Vorles. Bd. 1 p. 367,

wie von der vorhin benutzten Bemerkung Wetzells. Dagegen wird die hier vertheidigte Ansicht nicht nur von angesehenen Rechtslehrern, wie

Glück Commentar Bd. 3 p. 252 ss.
Linde Civilproc. § 101 nte. 17
Heffter Civilpr. § 167 nte. 132
Foelix droit internat. p. 374

gebilligt, sondern liegt auch den zahlreichen, zwischen verschiedenen deutschen Staaten über gegenseitige Rechtshülfe abgeschlossenen Staatsverträgen zum Grunde.

Krug das Internationalrecht der Deutschen p. 16, 17.

Läßt sich mithin schon nach der bisherigen Ausführung im vorliegenden Falle eine in Frankfurt anzuerkennende Competenz des Cölner Handelsgerichts gegen den Beklagten auch aus dem Gesichtspuncte einer freiwilligen Erstreckung nicht begründen, so kann dahin gestellt bleiben, ob zu einer solchen Erstreckung wie nach römischem Rechte eine vorausgehende Uebereinkunft der Partheien nicht genüge, sondern auch die wirkliche Unterwerfung unter den unzuständigen Richter hinzutreten müsse oder ob nach heutigem Rechte schon jene Uebereinkunft allein ausreiche.

Da nun aber unzweifelhaft auf ein von einem incompetenten

Gerichte gesprochenes Urtheil weder ein Executionsantrag, noch die **actio judicati** gestützt werden kann, so mußten die Kläger mit ihrer Klage abgewiesen werden.

CXLV.

Der Vormund der Julie Maria Eleonore Hintermeister aus Schwanendingen im Canton Zürich, Kläger

contra

die Erben des verstorbenen Dr. E. Ph. H. dahier, Beklagte.

Kläger hatte mittelst Incidentantrag die Edition von Briefen und die Errichtung eines Inventars verlangt. Das Stadtgericht wies am 19. Mai 1858 diesen Antrag ab. Der Kläger versäumte bei der Appellationseinlegung die für Extrajudicialappellationen vorgeschriebene Aufstellung der Beschwerden und das Appellationsgericht wies nicht nur am 7. Juni 1858 die Appellation als desert zurück, sondern schlug am 25. Juni 1858 die nachgesuchte Restitution ab. Auf Appellation des Klägers ertheilte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 9. December 1858 Restitution und verfügte die Einleitung der summarischen Verhandlung über die in erster Instanz gestellten Incidentanträge.

308. Restitution wegen Minderjährigkeit gegen Versäumniß der Formalien der Appellation. Fristenlauf der Restitution.

Der Kläger beschwert sich gegenwärtig darüber, daß seinem in voriger Instanz angebrachten Restitutionsgesuche gegen die Versäumniß der Formalien seiner wider den stadtgerichtlichen Bescheid vom 19. Mai 1858 eingewandten Appellation nicht entsprochen worden sei. Es konnte nun die Gewährung der erbetenen Restitution für den Fall, daß die ebengedachte Appellation für begründet zu achten, also eine wirkliche Läsion anzunehmen war, keinem

Bedenken unterliegen. Denn bei der unbestrittenen, auch nach § 12 des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Canton Zürich nicht zu bezweifelnden Minderjährigkeit der klägerischen Curandin fehlt es nicht an einem Restitutionsgrunde. Der jetzige Einwand der Beklagten aber, die erst am 19. Juni erfolgte Nachholung der bei Einwendung der Appellation versäumten Förmlichkeit sei eine verspätete gewesen, das Restitutionsgesuch daher schon formell unzulässig, ist unbegründet. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vorschrift des R. D. A. von 1600 § 86, welche nur von Fristversäumnissen redet, auf den Fall einer durch unförmliches Handeln herbeigeführten Desertion angewendet werden darf, und ob in einem Falle der vorliegenden Art, wo die Nachholung des Versäumten bei einer anderen, als der für die Restitution zuständigen Behörde geschehen mußte, die Bestimmung des art. 29 der prov. Proceßordnung maßgebend sein würde. Jedenfalls ist hier zu Gunsten der klägerischen Curandin entscheidend, daß der Ablauf der in jenem Reichsgesetze bestimmten Frist der Restitution wegen Minderjährigkeit nicht entgegenstehen kann, sofern die Frist noch in die Zeit der Minderjährigkeit und somit die Fristversäumniß unter die fortdauernde Einwirkung des auf der Minderjährigkeit beruhenden Restitutionsgrundes fällt, wie dies schon früher vom Oberappellationsgerichte erkannt worden ist.

Fr. S. Hofmann Testamentserben 1843.

309. Edition von Briefen in jedem Proceßstadium zulässig. Antrag auf Errichtung eines Erbschaftsinventars als provisorische Maßregel statthaft.

Es kam (bei dem obigen Restitutionsgesuche) nur darauf an, ob für die klägerische Curandin eine Läsion vorliege d. h. ob die Appellation gegen den stadtgerichtlichen Bescheid vom 19. Mai 1858 materiell begründet ist. Diese Frage war aber abweichend von der sent. a qua zu bejahen.

Der Kläger hat zwei Anträge gestellt, auf Edition von Briefen und auf Anfertigung eines Inventars über den Nachlaß des Dr. H. Beide Anträge hat er unter dem Gesichtspuncte einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß aufgefaßt, für den letzteren sich aber zugleich darauf berufen, daß die Inventars-Errichtung sich als

provisorische Maßregel rechtfertige. Jener erstere Gesichtspunct war nun zwar nicht geeignet, die gestellten Anträge zu rechtfertigen, denn, auch wenn man die Zulässigkeit einer probatio in perpetuam rei memoriam bei Urkundenbeweis voraussetzt, so steht doch dem Kläger entgegen, hinsichtlich der zu edirenden Briefe, daß kein genügender Grund angegeben ist, weßhalb durch den Tod der Wittwe H. es dem Kläger unmöglich gemacht oder erschwert würde, die fraglichen Briefe zu erlangen und zu benutzen, hinsichtlich der verlangten Anfertigung eines Inventars, daß dabei von dem abzuwendenden Verluste eines vorhandenen Beweismittels nicht die Rede sein kann.

Es kommt aber hier auch nicht auf die Voraussetzungen einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß an, und es kann dem Kläger nicht zum Nachtheile gereichen, wenn er in dieser Hinsicht eine irrige rechtliche Auffassung für sich geltend gemacht hat. Was nämlich

1. die verlangte Edition von Briefen betrifft, so bedurfte der Kläger überhaupt keiner besonderen Rechtfertigung, um dieses Verlangen gerade in der jetzigen Lage des Rechtsstreites stellen zu können. Denn ein Editionsgesuch kann sogar vor Anfang des Hauptprocesses und ebenso während dessen Anhängigkeit zu jeder Zeit angebracht werden, so lange die Edition noch von Nutzen für die Hauptsache werden kann. Daß die Parthei damit etwa bis zur Einleitung des Beweisverfahrens warten müßte, dafür fehlt es an jedem Rechtsgrunde. Nun hat aber der Kläger mit Recht darauf hingewiesen, daß er, wenn das in der Hauptsache ergangene Stadtgerichts-Erkenntniß in höherer Instanz eine Abänderung erfahren sollte, leicht in die Lage kommen kann, noch einen Beweis über das Erbrecht seiner Curandin führen zu müssen, und zu diesem Beweise will er die zu edirenden Briefe benutzen. Es ist daher nicht abzusehen, warum er nicht schon jetzt zu solchem Zwecke die Vorlegung der fraglichen Briefe sollte auswirken dürfen. Das Editionsgesuch stellt sich aber auch, abgesehen von besonderen Einreden, welche die Beklagten in der darüber einzuleitenden Verhandlung zu begründen im Stande sein möchten, als ein sachlich gehörig begründetes dar. Denn der Gegenstand ist in demselben in genügender Weise be-

zeichnet und die Behauptung der Beklagten, daß der Kläger Abschriften der Briefe hätte beibringen müssen, bedarf keiner Widerlegung. Der Kläger stützt ferner sein Verlangen darauf, daß die Briefe gemeinschaftliche Urkunden seien, ein Editionsgrund, der nach den concreten Verhältnissen für zutreffend erachtet werden muß, da die geforderten Briefe zum besseren Verständnisse der vom Kläger producirten Briefe der Wittwe H. beizutragen geeignet sind und die wechselseitige Correspondenz als ein zusammengehöriges, schon in seiner Entstehung zur Aufklärung über die Rechtsverhältnisse der klägerischen Curandin bestimmtes Urkunden-Material aufzufassen ist. Endlich hat der Kläger den Besitz der Briefe auf Seiten der Beklagten genügend aus den Acten bescheinigt.

2. Anlangend den Antrag auf Anfertigung eines Erbverzeichnisses, so rechtfertigt sich derselbe aus dem vom Kläger gleich Anfangs mit geltend gemachten Gesichtspuncte einer provisorischen Maßregel so sehr, daß demselben, wenn der Kläger nicht erst eine Verhandlung vor der Gerichtscommission beantragt hätte, unbedenklich schon jetzt zu entsprechen wäre. Den actenmäßigen Umständen nach ist es nämlich völlig glaublich, daß die Wittwe H. unter den Beklagten die Einzige sein werde, welche über den im Januar 1854 ihrem Ehemanne überwiesenen Nachlaß des Dr. med. H. aus eigener Wissenschaft Auskunft zu geben vermag, während von ihren Kindern, obwohl sie zum Theile schon erwachsen waren, irgend eine Betheiligung an der damaligen Nachlaßregulirung nicht vorausgesetzt werden kann. Die klägerische Curandin würde daher, wenn die Ausmittlung des Nachlaßbestandes ohne Mitwirkung der Wittwe H. geschehen müßte, der Gefahr ausgesetzt sein, daß eine zuverlässige Aufklärung in hohem Grade erschwert wäre, und namentlich, wenn eine eidliche Manifestation nöthig werden sollte, ihr die Möglichkeit, auf einen Wahrheitseid zu dringen, entzogen würde. Diese Gefahr ist aber nicht nur sachlich eine hinreichend bedeutende, sondern auch bei dem hohen Alter der Wittwe H. eine nahe genug bevorstehende, um Sicherung dagegen durch eine provisorische Maßregel zu rechtfertigen. Darauf, daß das Erbrecht der klägerischen Curandin schon erwiesen sei, kann es hierbei selbstverständlich nicht ankommen, wogegen der Kläger sich mit Recht

darauf beruft, daß von ihm mindestens für den Anspruch auf ein Sechstheil des Nachlasses eine genügende Bescheinigung in den Voracten geliefert sei und dies in dem Stadtgerichts-Erkenntniß vom 23. April 1858 bereits Anerkennung gefunden habe. Es fragt sich daher nur, ob die beantragte Maßregel innerhalb der Grenzen eines Provisoriums bleibe. Dies unterliegt aber keinem Zweifel, denn die sofortige Anfertigung eines Inventars stellt sich einerseits als das einzige Mittel dar, um die vorhin bemerkte Gefahr völlig zu beseitigen, und nöthigt andererseits die Beklagten nur, früher, als es nach dem gewöhnlichen Proceßgange geschieht, eine thatsächliche Aufklärung zu geben, ohne ihnen für die Hauptsache irgend zu präjudiciren oder sie mit einem Vermögensnachtheile zu belasten. Der Ansicht des Appellationsgerichts, daß das erbetene Provisorium mit dem eventuellen Definitivum völlig identisch wäre, kann nicht beigepflichtet werden, da das Definitivum nicht in der Errichtung eines Inventars, welche nur ein Hülfsmittel für die Hauptsache bildet, sondern in der Zuerkennung und Realisirung des angesprochenen Erbrechts besteht.

Hiernach mußten beide Anträge des Klägers zur Einleitung der summarischen Verhandlung vor der Gerichtscommission für geeignet erachtet werden.

CXLVI.

Benjamin Krebs u. Cten, Kläger
contra
das Bauamt der freien Stadt Frankfurt, Beklagte.

In dem Nr. XXVI. (pag. 149) dieses Bandes mitgetheilten Rechtsfalle erkannte nach ausgehandelter Sache das Stadtgericht am 2. April 1856, daß die Kläger mit ihrer Klage ab und zur Ruhe gewiesen und in die Kosten und Schäden verurtheilt würden. Auf Appellation und beantragte Actenversendung von Seiten der Kläger erkannte das Spruchcollegium zu Berlin am 31. August

1857, daß Kläger den Grund ihrer Klage, soviel ihnen davon verneint worden, insbesondere jeder einzelne derselben, daß er bei seiner Einsprache gegen den im Streite befangenen Neubau von seines Hauses wegen ein eigenes öconomisches Interesse habe, Beklagtem Gegenbeweis, Eideszuschiebung und übrige rechtliche Nothdurft vorbehältlich, wie Recht zu erweisen, verbunden seien. Auf Appellation des Beklagten wurde, unter Verurtheilung desselben in die Kosten, dieses Erkenntniß vom Oberappellationsgerichte am 18. December 1858 bestätigt.

310. Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über das bei Neubauten einzuhaltende Höhenmaß auf öffentliche Gebäude.

Die Beschwerde des Beklagten ist auf die Behauptung gestützt worden, daß die gesetzlichen Bestimmungen über das bei Neubauten einzuhaltende Höhenmaß auf öffentliche Gebäude überhaupt keine Anwendung erlitten. Dies Argument hat beklagtischer Theil

1. zwar erst, nachdem dasselbe vom Stadtgerichte ex officio geltend gemacht worden ist, in zweiter und gegenwärtiger Instanz der Klage entgegengesetzt. Dies hindert indeß nicht, daß die hier behauptete Beschränkung der betreffenden baugesetzlichen Vorschrift, insofern sie als eine gesetzliche oder notorische anzuerkennen sein sollte, in Berücksichtigung gezogen werden müßte; wogegen es allerdings nach Lage der Sache ausgeschlossen erscheint, noch (worauf auch gar nicht angetragen ist) ein Beweisverfahren in der fraglichen Beziehung eintreten zu lassen. Ebensowenig ist

2. mit den vorigen Richtern aus dem die Mittheilung der Klage zur exceptivischen Erklärung verfügenden Oberappellationsgerichts-Urtheile vom 20. October 1855 (cf. oben pag. 150 ss.) ein Bedenken zu entnehmen, ob das in Rede stehende Argument jetzt noch in Betracht zu ziehen sei. Das Oberappellationsgericht hat sich damals nur über den privatrechtlichen Charakter der einschlagenden baugesetzlichen Bestimmungen, nicht über deren Umfang und materiellen Inhalt und noch weniger über deren Anwendbarkeit auf den vorliegenden concreten Fall ausgesprochen. Dagegen kann

3. die behauptete Unanwendbarkeit der in Rede stehenden Gesetzes-

vorschrift auf öffentliche Gebäude für rechtlich begründet nicht erachtet werden. Beklagte Behörde hat sich

a. auf die Natur der Sache berufen. Da der Staat sich vorbehalten habe, von der fraglichen Baubeschränkung zu dispensiren, so sei es selbstverständlich, daß die Beschränkung für seine eigene Bauten gar nicht existire. Allein die Richtigkeit jener Voraussetzung auch angenommen, würde doch daraus, daß in einzelnen Fällen die betreffenden Staatsbehörden ebenso, wie jeder Private ermächtigt werden könnten, sich über das fragliche Gesetz hinauszusetzen, in keiner Weise folgen, daß den Ersteren im Voraus und für alle Fälle diese Ermächtigung bereits ertheilt sei. Ebensowenig Gewicht kann

b. auf das Argument gelegt werden, daß die analoge Baubeschränkung des Römischen Rechts

L. 12 § 4 L. 13. C. de aedific. priv. (8, 10)

sich — ausweislich des betreffenden Codextitels — nur auf Privatgebäude bezogen habe, und eben hierauf der in der frankfurter Reformation VIII. tit. 2 § 1 vorkommende Ausdruck „Behausungen" hinweise. Von dem Römischen Rechte — wenn es auch benutzt werden könnte, um im Allgemeinen den rechtlichen Charakter einer Bauvorschrift der fraglichen Art ins Klare zu stellen — muß hier, wo es sich um den speciellen Inhalt einer selbstständigen particularrechtlichen Norm handelt, ganz abstrahirt werden. Und aus dem in der Ref. l. c. gebrauchten mehrdeutigen Worte „Behausungen" irgend eine Consequenz zu ziehen, würde um so bedenklicher sein, als in den neueren Gesetzen — namentlich dem dermalen allein maßgebenden vom 19. Mai 1853 — diese Ausdrucksweise verlassen und von „Gebäuden" die Rede ist. — Seinen Hauptgrund hat endlich beklagtisches Bauamt

4. mit dem Stadtgerichte darin gesetzt, daß „zu allen Zeiten Thürme und Kirchen erbaut worden sind, welche das gesetzliche Maximum bei Weitem überschreiten". Wenn jedoch hieraus

a. ein durch unvordenkliche Verjährung begründetes Privilegium aller öffentlichen Gebäude gefolgert werden soll, so ist dies ganz unzutreffend. Durch Immemorial-Präscription könnte — wie Kläger richtig bemerken — nur eine Befreiung der einzelnen Gebäude, nicht eine generelle Befreiung des Staats für alle seine —

auch die zukünftigen — Bauten von der fraglichen Gesetzesvorschrift begründet werden. Es bleibt also

b. nur der Gesichtspunct einer Usual-Interpretation resp. einer gewohnheitsrechtlichen Beschränkung der in den Baugesetzen enthaltenen Regel übrig. Man kann aber — obgleich auch diese Folgerung aus der bloßen Existenz von Gebäuden der gedachten Art ihre Bedenken hat — zugeben, daß ein allgemeines Einverständniß über die exceptionelle Natur solcher öffentlichen Bauten, wie es Kirchen und Thürme sind, von jeher in Frankfurt geherrscht habe und auch ferner, trotz der Bestimmungen des Gesetzes vom 19. Mai 1853, in Kraft bleibe, ohne daß man daraus zu der Folgerung berechtigt wäre, daß alle öffentliche Gebäude trotz ihres in concreto privatrechtverletzenden Charakters eine solche exceptionelle Natur hätten.

311. Dispensation von Einhaltung der Baugesetze. Erfordernisse.

Die beklagtische Beschwerde ist sodann und vorzugsweise auf die der Klage entgegengesetzte Einrede gestützt, daß die höchsten Staatsbehörden — der Senat, die gesetzgebende Versammlung und die ständige Bürgerrepräsentation — ihre Zustimmung dazu ertheilt hätten, daß das fragliche Lagerhaus eine Höhe von 65 Schuh bis über das Hauptgesims erhalte, also von der Bestimmung in art. 1 des Gesetzes vom 19. Mai 1853 „Umgang genommen werde". Wenn dem gegenüber Kläger

1. die rechtliche Möglichkeit bestritten haben, daß ihr privatrechtliches Widerspruchsrecht gegen einen das gesetzliche Höhenmaß überschreitenden Neubau im Wege der Dispensation ohne Entschädigung beseitigt werde, so bedarf die Frage, welche Wirkung dem Ausspruche der gesetzgebenden Gewalt, daß das beklagtische Bauamt von Beobachtung jener Gesetzesbestimmung den Klägern gegenüber dispensirt sein solle, zukommen würde, keiner näheren Erörterung, da es

2. an einem Ausspruche des gedachten Inhalts gänzlich fehlt Es darf in dieser Beziehung im Allgemeinen auf die Ausführungen der vorigen Richter verwiesen werden. Wenn zu deren Widerlegung

a. die Behauptung aufgestellt wird: nach frankfurter Ver-

fassungsrecht seien alle von der gesetzgebenden Versammlung im Einverständnisse mit dem Senat gefaßten Beschlüsse ohne Weiteres als Gesetzgebungsacte aufzufassen, so widerlegt sich dies durch art. 17 pos. 1 vergl. mit pos. 2 ss. der Constitutions-Ergänzungs-Acte. Es ist vielmehr

b. die zu beantwortende Frage eine durchaus concrete. Nun stellen sich aber

α. schon darüber erhebliche Zweifel heraus, ob es überall in der Absicht der mit der gesetzgebenden Gewalt bekleideten höchsten Staatskörper gelegen hat, das Bauamt von Befolgung der das Höhenmaß betreffenden Bestimmungen der Baugesetze, den widerspruchsberechtigten Nachbarn gegenüber, zu dispensiren. Allerdings hatte der Stadtbaumeister in seinem Berichte vom 6. September 1854 speciell darauf aufmerksam gemacht, daß die Höhe des Baues mit dem proponirten 4. Stockwerk bis über das Hauptgesims 65 Schuh betragen würde, „während nach dem bekannten Gesetze vom 6. April (rect. 19. Mai) 1853 der Bau eigentlich nur 50 Schuh hoch werden dürfe, weil die Mainzergasse sowohl, wie auch die Ankergasse, an welche der Neubau angrenze, eine geringere Breite als 30 Schuh haben". Und es kann somit daran nicht gezweifelt werden, daß der Senat, indem er die Mittel zu dem projectirten Bau bewilligte, resp. sich bewilligen ließ, das Bewußtsein und die specielle Absicht hatte, daß in concreto von der fraglichen Gesetzesbestimmung „Umgang genommen" werden solle. Allein wenn derselbe hierbei — wie dies nach den im gegenwärtigen Processe ergangenen Entscheidungen der Localgerichte und den in der Vertheidigung der beklagtischen Behörde aufgestellten Rechtsansichten nicht unwahrscheinlich ist — den nichts weniger als zweifellosen Sinn der betreffenden baugesetzlichen Vorschrift entweder dahin auffaßte, daß es sich hier um eine rein baupolizeiliche, keinerlei Privatrechte begründende Bestimmung handle, oder dahin, daß die fragliche Baubeschränkung auf öffentliche Gebäude überhaupt keine Anwendung erleide, so hat er die Frage, um die es sich vorliegend doch allein handelt, ob durch eine Ausnahmebestimmung im concreten Falle das Widerspruchsrecht der Nachbarn außer Wirksamkeit gesetzt werden solle, als eine zur Entscheidung

stehende gar nicht angesehen; und man kann daher nicht ohne Weiteres annehmen, daß mit dem an die gesetzgebende Versammlung gerichteten Antrage auf Verwilligung der zu dem fraglichen Bau erforderlichen Mittel zugleich die Erlassung einer solchen Ausnahme-Bestimmung bezweckt worden sei. — Noch zweifelhafter ist es, ob die gesetzgebende Versammlung, als sie mittelst Beschlusses vom 15. December 1854 „den zur Ausführung eines neuen Lagerhauses nach den vorgelegten Bauplänen und Ueberschlägen erforderlichen Kostenbetrag von fl. 64,000 verwilligte", in dem Bewußtsein und der Absicht gehandelt hat, einer Ausnahme-Maßregel der ebengedachten Art ihre Sanction zu ertheilen. Ausweislich der gedruckten „Mittheilungen aus den Protocollen der gesetzgebenden Versammlung

Bd. XVI. p. 12 und p. 26 — 28

bezog sich der in der Sitzung vom 22. November 1854 zur Vorlage gelangte Senats-Vortrag vom 21. ejusd. zwar in den Motiven unter anderen auch auf die „anliegenden Berichte des Stadtbaumeisters", der Antrag ging aber nur „auf Verwilligung des zur Ausführung des Neubaus des fraglichen Lagerhauses nach den vorgelegten Bauplänen und Ueberschlägen erforderlichen Kostenbetrags", und daß dieser Neubau das gesetzliche Höhenmaß überschreiten solle, stand aus dem Senatsvortrage selbst gar nicht, sondern nur aus einer jener Beilagen desselben zu erkennen. Die Anlagen sind aber nach Inhalt des cit. Protocolls in der Sitzung der gesetzgebenden Versammlung vom 20. November nicht mit zur Verlesung gekommen; es steht also jedenfalls dahin, ob es Aufgabe der in dieser Sitzung zur Begutachtung des Senatsvortrags gewählten Commission war, auch die Frage in Erwägung zu ziehen, ob die Versammlung zu der fraglichen Abweichung von dem Gesetze ihre Zustimmung geben solle oder nicht. Der am 15. December erstattete Commissionsbericht berührt denn auch diese Frage mit keinem Worte, ja es stand auch aus ihm nicht einmal das zu erkennen, daß der Neubau eine das gesetzliche Maximum überschreitende Höhe erhalten solle, und die Versammlung hat daher die Geldbewilligung beschlossen, ohne nur eine — wenigstens officielle — Kenntniß von dieser mit dem Neubau verbun-

denen Intention zu haben. Es müßte aber auch, wenn sie diese Kenntniß gehabt, noch Anstand genommen werden, darum ohne Weiteres den Willen zur Erlassung einer das Widerspruchsrecht der Nachbarn beseitigenden Ausnahme-Bestimmung vorauszusetzen. Die Versammlung könnte ebensowohl von der Unterstellung ausgegangen sein, der Senat, resp. die Baubehörde sei in der Lage, den Widerspruch der Nachbarn schon im administrativen Wege durch Verzicht, Abfindung u. s. w. beseitigen zu können. Entscheidend ist es jedenfalls

β. daß ein Gesetzgebungsact der hier in Frage stehenden Art, eben seines Privatrecht verletzenden Charakters wegen, nicht auf Grund bloßer Conclusionen aus den concreten Vorgängen der einzelnen Acten und Mittheilungen von Senat und gesetzgebender Versammlung als existent angenommen werden darf. Es kann nicht genügen, Gründe ausfindig zu machen, aus denen erhellen möchte, daß die Theilhaber der Gesetzgebung den Willen wohl gehabt, eine Dispensation, wie sie hier in Rede steht, zu ertheilen. Rechtlich kann vielmehr die Existenz eines solchen Willens nur dann und erst dann angenommen werden, wenn derselbe ausdrücklich und mit directer Beziehung auf den concreten Ausnahmefall — also vorliegend mit Beziehung auf das gesetzliche Widerspruchsrecht der Nachbarn — g e ä u ß e r t und den Betheiligten e r ö f f n e t worden ist. Eine d e r a r t i g e Willensäußerung aber kann man in den jetzt in Frage stehenden Beschlüssen des Senats und der gesetzgebenden Versammlung offenbar ebensowenig finden, als die erforderliche Bekanntmachung derselben an die Betheiligten in der, den Charakter einer Gesetzes-Publication durchaus nicht an sich tragenden Veröffentlichung der betreffenden Verhandlungen in den „Mittheilungen aus den Protocollen der gesetzgebenden Versammlung" enthalten ist.

CXLVII.

Michael St. Goar dahier, Kläger
contra
August Kitz Wittwe, modo die Vormünder deren minderjährigen Sohnes C. W. Kitz dahier, Beklagte.

Kläger stellte das interdictum quod vi aut clam deßhalb an, weil in dem von ihm gemietheten Keller die Eigenthümerin des Hauses eigenmächtig Bauveränderungen vornehme, resp. vorgenommen habe, und zwar habe Beklagte ein Kellerloch aufgebrochen und verändert, — sie habe ferner einen Pfeiler von circa 4½ Quadratschuhen in seinem Haushaltungskeller errichtet.

Das Stadtgericht erkannte am 16. September 1857 auf Beweis

1. des Klägers und zwar

a. daß er alsbald nach Beginn der neuen Anlage und baulichen Veränderung und jedenfalls vor Vollendung derselben Einspruch erhoben und der Beklagten den Weiterbau untersagt habe, vorbehältlich des Gegenbeweises und insbesondere des Beweises der Beklagten, daß der Kläger erst nach Vollendung der Bauten Einspruch erhoben habe;

b. daß durch die mit den Kellerlöchern in dem klägerischen Holzkeller, sowie in dem Keller der Beklagten vorgenommenen baulichen Aenderungen dem Haushaltungskeller des Klägers das Licht entzogen oder doch geschmälert worden sei; vorbehältlich des Gegenbeweises und des Beweises der Beklagten, daß der Haushaltungskeller des Klägers durch die fraglichen Bauveränderungen an Licht gewonnen habe;

2. der Beklagten und zwar

daß zur Stütze des Hauses die Errichtung des Tragpfeilers im Haushaltungskeller des Klägers nöthig gewesen, um dem drohenden Einbrechen der Kellerwölbung vorzubeugen, oder

daß bei Wiederentfernung des Tragpfeilers der Einsturz des Hauses zu befürchten sei; vorbehältlich des Gegenbeweises und des Beweises des Klägers, daß der steinerne Pfeiler durch einen eisernen ersetzt werden könne.

Auf beiderseitige Appellation wies das Appellationsgericht am 23. November 1857 den Kläger mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe und auf Appellation des Klägers erkannte unter Verurtheilung desselben in die Kosten das Oberappellationsgericht am 28. December 1858, daß das Erkenntniß des Appellationsgerichts mit der Maßgabe, daß Kläger mit dem interdictum quod vi nur angebrachter Maßen abzuweisen, zu bestätigen sei.

312. Interdictum quod vi aut clam. Voraussetzungen.

Den Gründen, aus denen die vorigen Richter den Kläger mit der erhobenen Klage zurückgewiesen haben, war, soweit es sich

A. um die begehrte Wiederherstellung des früheren Zustandes an dem Fenster in dem eigenen Keller der Beklagten handelt, beizutreten*). Allerdings ist die Klagbitte sub 2 b auf dieses Kellerfenster mit gerichtet. Allein dieselbe entbehrt eines jeden factischen Fundaments, da weder die Klagschrift, noch auch der mit derselben producirte Notariatsact einer an dem gedachten Fenster unternommenen Neuerung mit einem Worte Erwähnung thut. In der Replik ist zwar von Kellerlöchern die Rede, durch deren Cassirung oder Veränderung den gemietheten Kellern das Licht entzogen und geschmälert werde, allein dieses Vorbringen ist offenbar viel zu dunkel, um den gerügten Klagmangel als dadurch beseitigt ansehen zu können. Fehlte es aber solchergestalt nach Lage der

*) Es ist zwar von dem Kläger angegeben, daß sein Haushaltungskeller das Licht sowohl aus dem Kellerloche seines Holzkellers, als auch aus dem Kellerloche eines von der Beklagten benutzten Kellers zu erhalten habe, allein weder in der Klage, noch in dem ihr beigefügten Notariatsacte ist behauptet, daß Beklagte an dem Kellerloche des von ihr benutzten Kellers die geringste Veränderung vorgenommen hätte, vielmehr spricht der Wortlaut des Notariatsactes für das Gegentheil.

Acten in den beiden vorigen Instanzen, in Beziehung auf den hier fraglichen Punct an einem der wesentlichen Erfordernisse einer jeden Klage, so mußte der Kläger insoweit zurückgewiesen werden und vermag auch ein erst in höchster Instanz beigebrachtes Novum hierauf keinen abändernden Einfluß zu üben. Dagegen konnte

B. nicht mit den vorigen Richtern angenommen werden, daß die Klage, soweit sie das Kellerfenster in dem sogenannten Holzkeller des Klägers und den im sogenannten Haushaltungskeller errichteten steinernen Pfeiler zum Gegenstande hat, deßhalb zurückzuweisen sei, weil Kläger nicht genügend dargelegt habe, daß und welchergestalt er durch die beklagtischerseits unternommene Neuerungen in dem Gebrauche der gemietheten Kellerabtheilungen beeinträchtigt werde. Wenn in den, im angefochtenen Erkenntnisse citirten *) und anderen Quellenstellen davon die Rede ist, daß nur der sich des interdictum quod vi aut clam bedienen könne, der ein Interesse habe, opus non fieri oder non factum esse,

L. 11 § 1, 10. L. 12. L. 13 § 3 u. 4. L. 16 pr. § 1 D. quod vi aut clam (43, 24)

so bezieht sich dies nur auf die Legitimation zur prohibitio und folgeweise auch zum Interdicte.

Es soll damit Niemand zugelassen werden, der nicht zu der Sache, an welcher die Neuerung vorgenommen oder auf welche durch dieselbe eingewirkt wird, in einem solchen Verhältnisse steht, daß er ein rechtliches Interesse bei der Frage hat, ob eine Veränderung des bisherigen Zustandes eintreten solle oder nicht. Dieses Interesse aber liegt für den gegenwärtigen Fall klar vor in der Eigenschaft des Klägers als Miethers derjenigen Localitäten, in und an welchen beklagtischerseits bauliche Veränderungen unternommen worden sind. Soviel ist allerdings zuzugeben, daß, wenn bereits klar vorliegen sollte, daß der Kläger durch die Neuerung keinerlei Beeinträchtigung erlitten habe, resp. erleiden werde, dann die Klage zurückgewiesen werden müßte. So aber steht die Sache nicht. Vielmehr muß

1. in Betreff des Pfeilers der unter 4ª der stadtgericht-

---

*) L. 11 § 10 § 14 D. quod vi aut clam (43, 24).

lichen Entscheidungsgründe niedergelegten Ansicht beigetreten werden, daß die Entziehung eines Raumes von circa 4½ Quadratschuh der dem Kläger miethweise überlassenen Kellerabtheilung, von diesem als Beeinträchtigung seiner Interessen ohne Weiteres und so lange behandelt werden darf, als von dem beklagten Theile nicht der Nachweis geführt ist, daß die Raum-Entziehung und Verringerung ohne jeglichen nachtheiligen Einfluß für den Kläger geblieben sei, an welcher Nachweisung es bis jetzt wenigstens fehlt. Anlangend aber

2. das Kellerfenster in dem sogenannten Holzkeller, so war zur Zeit der Klaganstellung die Veränderung erst begonnen, noch nicht vollendet und Kläger konnte sich mit Fug darauf berufen, daß deren Zweck und Ziel ihm ganz unbekannt sei. Am beklagtischen Theile wäre es gewesen, zu zeigen, daß die fraglichen Aenderungen, ihrem endlichen Zweck nach, die Interessen des Klägers nicht beeinträchtigten. Das betreffende Vorbringen in der Exceptionalhandlung ist aber in dieser Beziehung viel zu unbestimmt und zudem hat Kläger dasselbe replicando geleugnet. Es konnte also keinenfalls als bereits feststehend angesehen werden, daß Kläger kein Interesse bei der gebetenen Wiederherstellung des früheren Zustandes habe.

313. Interdictum quod vi aut clam von Seiten des Miethers dem Eigenthümer und Vermiether gegenüber.

Wenn die Statthaftigkeit des Interdicts für den vorliegenden Fall deßhalb bestritten worden ist, weil der Miether sich dieses Rechtsmittels, dem Eigenthümer und Vermiether gegenüber, nicht bedienen könne, so war dem nicht beizupflichten.

1. Es ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt, daß derjenige, der zu dem Immobile, an dem die Neuerung vorgenommen wird, in dem Verhältnisse eines Miethers steht, zum interdictum quod vi aut clam berechtigt ist.

L. 11 § 12. L. 12. L. 13 § 4. L. 19 D. quod vi aut clam (43, 24)

2. Allerdings ist es die Ansicht mancher neueren Juristen, daß das Interdict dem Eigenthümer gegenüber, qui in suo quid

facit ausgeschlossen sei oder — was practisch auf dasselbe herauskommt — nur dann stattfinde, wenn der Kläger mit demselben den vollen Beweis seines Verbietungsrechtes verbinde.

Wiederhold die operis novi nunciatio p. 73 ss.

Francke im Civ. Arch. XXII. p. 362 ss.

Heimbach im Rechtslexicon V. p. 610 nte. a.

Allein diese Ansicht, die sich vorzugsweise auf die auch von beklagtischer Seite wiederholt in Bezug genommene

L. 5 § 10 D. de op. novi nunc. (39, 1)

gründet, kann für richtig nicht erachtet, vielmehr muß bei der gemeinen Meinung stehen geblieben werden, daß das Interdict in seiner regelmäßigen Gestalt auch dem Eigenthümer gegenüber, der an seiner eigenen, in seinem Besitze befindlichen unbeweglichen Sache eine Veränderung vornimmt, Platz greift.

Schmidt in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. I. p. 343 ss.

Sintenis Civilr. § 124 nte. 56 Bd. II. p. 758

Vangerow Lehrb. ed. VI. § 677. Anm. sub III. (III. p. 562 ss.)

Arndt Lehrb. § 329 nte. 3

Rudorff zu Puchta Lehrbuch § 356 nte. 9.

3. Es bliebe noch denkbar, daß das zwischen den Betheiligten bestehende Vertragsverhältniß die Befugniß, auf das Interdict zu recurriren, ausschlösse. Allein, daß der Vermiether gegen den Miether sich dieses Rechtsmittels bedienen kann, ist ausdrücklich anerkannt

L. 25 § 3 D. locati (19, 2)

und liegt kein genügender Grund vor, warum nicht auch umgekehrt, dasselbe dem Miether gegen den Vermiether zustehen sollte, wofür vielmehr eine Andeutung in

L. 3 § 3 D. uti poss. (43, 17)

und die Analogie der

L. 13 pr. D. quod vi aut clam (43, 24)

spricht.

cf. Schmidt l. c. p. 300 sub 2.

314. Interdictum quod vi aut clam. Substantiirung der Clandestinität und der Prohibition.

Es mußte der weitere beklagtische Einwand, daß es an den factischen Voraussetzungen des nach der ausdrücklichen Erklärung des Klägers allein erhobenen und intendirten interdictum quod vi aut clam fehle, Berücksichtigung finden. Im Libelle ist zur Begründung dieses Interdicts weiter Nichts gesagt, als: die beklagtische Erblasserin habe „ohne Anfrage, ohne die Einwilligung des Miethers einzuziehen, heimlich und eigenmächtig" die fraglichen baulichen Veränderungen unternommen. Diese Begründung weist zunächst

1. nur auf das interdictum quod clam hin, zu dessen näheren Substantiirung dann in der Replik noch hervorgehoben worden ist, dem Kläger sei von den Bauveränderungen keine Anzeige, keine Vorlage darüber gemacht worden; eine dichte Bretterwand sei herumgezogen worden und habe den Anblick verwehrt.

Nun muß von jener allgemeinen und unbestimmten Behauptung, beklagtische Erblasserin habe heimlich gehandelt, ganz abstrahirt werden und kann es nur darauf ankommen, ob durch die hervorgehobenen speciellen Momente die Annahme einer Clandestinität begründet werde. Diese Frage aber ist zu verneinen.

a. Die unterlassene ausdrückliche Anzeige macht die Neuerung nicht unter allen Umständen zu einem clam factum. Einer ausdrücklichen denunciatio bedarf es da nicht, wo der Bauende, den obwaltenden Umständen nach, annehmen kann, daß auch ohne solche derjenige, von dem etwa eine Prohibition zu erwarten sein möchte, von der beabsichtigten Neuerung genügende Kenntniß erhalten werde.

Hasse im Rhein. Museum IV. p. 22.

Von der Art aber waren im Allgemeinen die Verhältnisse des vorliegenden Falles. Es wurden Bauarbeiten in dem vom Kläger bewohnten Hause und zwar, soweit sie dermalen noch in Betracht kommen, in derjenigen Abtheilung dieses Hauses vorgenommen, die sich in der Detention des Klägers befindet. Die beklagtische Erblasserin konnte daher -- abgesehen von besonderen, eine Ausnahme begründeten Momenten — darauf rechnen, daß dem Kläger

ihre Intention, bauliche Neuerungen in der bezeichneten Abtheilung des fraglichen Hauses vorzunehmen, nicht verborgen bleiben werde. Und wenn auch die solchergestalt vorauszusetzende Wissenschaft des Klägers vorläufig nur eine allgemeine war und keineswegs ohne Weiteres das Endziel und den Umfang der beabsichtigten Neuerung umfaßte, so durfte doch, vermöge des zwischen den Betheiligten obwaltenden Vertragsverhältnisses die beklagtische Erblasserin weiter erwarten und voraussetzen, der Kläger werde, insofern er irgend ein Bedenken gegen Ausführung der Neuerung habe, von seinem in dem Vertrage begründeten Rechte, über dieselbe nähere Auskunft zu verlangen, Gebrauch machen. Es kann also auch in dieser Richtung ihr Verfahren als ein heimliches nicht betrachtet werden und fragt sich nur noch

b. ob man mit dem Kläger in concreto einen besonderen, die Clandestinität begründenden Umstand darin finden kann, daß die Arbeiten unter der Erde in einem leerstehenden Keller vorgenommen worden seien. — Allein abgesehen von der Unklarheit, die in das ganze Verhältniß dadurch kommt, daß Kläger zugegeben hat, vor Vollendung der Neuerung Kenntniß von derselben erlangt zu haben, und man nicht zu ersehen vermag, ob zur Zeit, wo er diese Kenntniß zuerst erhalten, die Arbeiten schon über das Stadium einer bloßen Vorbereitung hinausgediehen waren, so ist des Klägers eigene Angabe über Absperrung des Kellers mittelst eines auf der Straße errichteten Bretterverschlags gegen ihn entscheidend. Daß überhaupt und daß namentlich auch an den Kellerabtheilungen, „welche der Kläger inne hatte, bauliche Veränderungen vorgenommen werden sollten", war hierdurch offen und in einer für Jedermann verständlichen Weise zu erkennen gegeben und wenn Kläger es unterließ, sich über den Umfang und das Endziel dieser Neuerung nähere Auskunft zu verschaffen, so kann darin, mit Rücksicht insbesondere auf sein vertragsmäßiges Recht, solche Auskunft zu verlangen, nur ein eigenes Verschulden gefunden, nicht aber das Verfahren der beklagtischen Erblasserin dadurch zu einem heimlichen gestempelt werden. — Der Kläger hat zwar noch

2. den Versuch gemacht, die erhobene Klage als das interdictum quod vi aufrecht zu erhalten. Allein damit kann er nicht

durchdringen. Das interdictum quod vi findet bekanntlich nur dann statt, wenn die Neuerung gegen ein Verbot (prohibitio) unternommen worden ist. Von einem erfolgten Verbote ist aber in der Klagschrift mit keinem Worte die Rede, namentlich kann man auch die Bemerkung: die beklagtische Erblasserin habe die fraglichen Veränderungen „eigenmächtig" unternommen, dem Zusammenhange nach nicht auf eine vorausgegangene Prohibition, sondern nur darauf beziehen, daß, ohne vorher anzufragen und die Einwilligung des Miethers einzuholen, zu der Neuerung geschritten worden sei.

Demzufolge aber kann die erst in der Replik aufgestellte, übrigens auch in mehrfacher Beziehung unbestimmte Behauptung, daß Kläger, sobald er von der Neuerung Kenntniß erhalten, Widerspruch gegen dieselbe eingelegt habe, nicht als eine bloße Erläuterung oder Verbesserung eines in der Klagschrift bereits geltend gemachten, sondern sie muß als unstatthafte Nachschiebung eines neuen factischen Klaggrundes angesehen werden und deßhalb für den vorliegenden Proceß unberücksichtigt bleiben. Die Abweisung der Klage, soweit sie als interdictum quod vi aufrecht erhalten werden soll, war hiernach ebenfalls geboten. Es konnte dieselbe jedoch nur eine Abweisung angebrachter Maßen sein.

CXLVIII.

Hermann Wertheimer zu Rödelheim, Kläger
contra
Johannes Schweickardt zu Niederrad, Beklagten.

Hermann Wertheimer klagt gegen Johannes Schweickardt auf Lieferung von 20 Stück Wiesbadener Spielbank-Actien, die Beklagter dem Cedenten des Klägers, S. Mandelbaum, per ult. März 1858 zum Course von fl. 136 zu liefern versprochen habe. Kläger verlangt neben der Lieferung der Actien zugleich auf Grund der mora des Beklagten die Zahlung der Diffe-

renz zwischen dem Contracts- und dem Börsen-Preise per ult. März. Das Stadtgericht erkannte am 8. Mai 1858 unter Verwerfung des letzteren Antrags auf Lieferung der Actien, während auf beiderseitige Appellation das Appellationsgericht am 28. Juni 1858 den Beklagten auch noch verurtheilte, den dem Kläger durch die seit ult. März bestehende Säumniß erwachsenden Schaden vorgängiger Liquidation zu ersetzen. Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Beklagten unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze vom Oberappellationsgerichte am 28. December 1858 bestätigt.

315. Vertragsanfechtung wegen Wucher. Lieferungsgeschäft von Actien.

Der Beklagte hat der wegen Lieferung von 20 Actien der Wiesbadener Spielbank wider ihn erhobenen Klage Folgendes opponirt. — Der am 12. Februar 1858 zwischen ihm und dem Cedenten des Klägers, Samuel Mandelbaum, geschlossene Handel über die Lieferung der vorgenannten Actien per ult. März zum Course von fl. 136 verhülle einen Wucher. Durch jenes Geschäft sei nämlich dem Mandelbaum, da am 12. Februar die Actien zu fl. 143 notirt gewesen und am 31. März sogar auf fl. 168 gestiegen seien, ohne Weiteres ein Vortheil von fl. 140 und später sogar von fl. 640 zugewendet worden, während es unter den Contrahenten nur darauf angekommen sei, dem Mandelbaum eine Vergütung dafür zukommen zu lassen, daß er dem Beklagten ein am 12. Februar fälliges Darlehen von fl. 500 noch circa 7 Wochen über jenen Zeitpunct hinaus prolongire.

Diese Anführung haben die vorigen Richter mit Recht verworfen. Denn wenn auch — was eventuell von dem Beklagten hätte bewiesen werden müssen — das Geschäft über die 20 Actien so, wie von ihm angegeben, mit der Darlehens-Prolongation in Verbindung gestanden haben sollte, so könnte doch nach demjenigen, was unbestritten vorliegt, eine wucherische Uebervortheilung des Beklagten hier nicht angenommen werden.

Ohne Zweifel kann unter Umständen ein eingegangenes ferneres Geschäft die Bestimmung haben und wirklich dazu benutzt werden, um für ein bewilligtes Darlehen gesetzwidrige Vergütungen statt-

finden zu lassen, und wo dies der Fall ist, da wird der Verkürzte berechtigt sein, jenes Geschäft als ungültig anzufechten.

Allein hierzu bedarf es der Voraussetzung, daß der in Rede stehende Vortheil fest ausbedungen, nicht aber bloß möglich, wenngleich in gewissem Grade wahrscheinlich sei. Hier kann nun Ersteres nicht angenommen werden. Wie von dem Kläger behauptet und Seitens des Beklagten ausdrücklich anerkannt worden ist, übrigens auch aus der Natur des in Rede stehenden Gegenstandes von selbst sich ergibt, ist der Cours der Spielbank-Actien ein schwankender. Der jeweilige Tagescours gibt mithin keinen Maßstab für den Werth ab, welchen die Actien nach mehreren Wochen haben werden. Wie sie bis dahin steigen können, so können sie auch fallen und es widerstreitet somit dem beklagtischerseits anerkannten Thatbestand, wenn er behauptet, daß aus der Notirung der Actien vom 12. Februar die Gewißheit habe abgeleitet werden können, daß dem Mandelbaum durch das geschlossene Geschäft ein Vortheil von fl. 140 oder doch ein solcher, welcher den gesetzmäßigen Zinsfuß über fl. 500 auf 7 Wochen übersteige, zugesichert worden sei. — Was hier über die Irrelevanz des Tagescourses zur Zeit des Handelsabschlusses gesagt worden ist, findet selbstverständlich auch Anwendung auf den Preisstand des Lieferungstages, dessen bedeutende Abweichung vom Contractspreise mithin im vorliegenden Falle rechtliche Wirkung auf die Gültigkeit des Handels nicht ausüben kann, vielmehr wegen der aleatorischen Natur des fraglichen Geschäftes bedeutungslos ist.

316. Vertragsanfechtung wegen dolus. In Handelsgeschäften ist das Verschweigen eines Umstandes, der den anderen Contrahenten, wenn dieser solchen gewußt, muthmaßlich von der Eingehung des Geschäftes abgehalten hätte, kein dolus.

Das Geschäft über die 20 Spielbank-Actien sei durch falsche Vorspiegelungen Seitens des Mandelbaums erschlichen. Der letztere habe den Beklagten versichert, ein erhebliches Steigen der Actien sei unwahrscheinlich. Gleichwohl habe er gewußt, daß eine Dividende von 25 pr. Ct. auf die Actien in Aussicht stehe, ein Umstand, welcher ihm, dem Beklagten, unbekannt gewesen sei.

Mit den vorigen Richtern ist hier anzunehmen, daß nach der eigenen Darstellung des Beklagten nur unverbindliche Aeußerungen (sogenannte Anpreisungen) in demjenigen, was von dem Mandelbaum erklärt worden sein soll, erblickt werden können, wie denn auch der Beklagte bei dem vorliegenden Geschäfte keinen Anspruch darauf hätte, daß sein Mitcontrahent ihm alle diejenigen Umstände mittheile, welche nach dessen Meinung für die Beurtheilung des künftigen Preisstandes der Actien maßgebend seien. Im Handel und zwar auch bei Fonds- und Actien Geschäften hat jeder Contrahent die Aufgabe zu lösen, durch Anwendung von Aufmerksamkeit, Betriebsamkeit und Scharfsinn eine möglichst zuverlässige Ansicht über die künftigen Conjuncturen sich zu verschaffen und darnach sein Verhalten beim Contrahiren einzurichten, auf Unterstützung Seitens des anderen Theils hat er hierbei nicht zu rechnen, und nur da, wo entweder durch gesetzliche Vorschrift die Mittheilung von Umständen, welche dem andern Theile unbekannt sind, zur Pflicht gemacht ist oder wo ausnahmsweise der Gang der Verhandlung ein Recht des betreffenden Contrahenten auf vollständige Mittheilung des dem anderen Theile Bekannten begründet, finden Ausnahmen hiervon statt. Weder von dem einen, noch von dem andern dieser beiden Fälle liegt aber hier Etwas vor.

In Uebereinstimmung mit den vorbemerkten Grundsätzen ist denn auch nicht nur von dem Oberappellationsgerichte, sondern auch von andern höchsten Gerichtshöfen Deutschlands erkannt worden.

cf. z. B. Seuffert Archiv Bd. VIII. Nr. 40 Bd. XI. Nr. 26.

Systematisches Register.

I. Civilrecht.

Hauptstück I.

Allgemeine Lehren.

A. Rechtsquellen, deren Gültigkeit, Auslegung und Anwendung.

1. Gesetzesauslegung. — a) § 7 des Einführungsgesetzes zur Allg. Deutschen Wechselordnung betrifft nur ein jus singulare Nr. 106. — b) Auslegung der Gesetze. Unvollkommener Ausdruck des Gesetzes bei erwiesenem Willen des Gesetzgebers Nr. 287.

2. Statutencollision. — a) Begründung des Gerichtsstandes des Arrestes wegen einer Legatenforderung. Locus regit actum Nr. 167. — b) Die Gesetze des Domicils entscheiden bei Regulirung des Nachlasses eines Verstorbenen. Die Staatsbürger-Angehörigkeit oder die Heimathsberechtigung üben keinen Einfluß. Begründung des Domicils Nr. 194. — c) Statutencollision in Betreff der Vormundschaftsbestellung Nr. 255. — d) Statutencollision in Bezug auf die Alimentationsansprüche der außerehelichen Mutter Nr. 246. — e) Statutencollision. Klagverjährung. Wechselverjährung Nr. 180. — f) Statutencollision. Nachweis über fremdes Recht. Beweislast Nr. 247. — g) Anwendung ausländischen Rechtes ohne Beweisauflage Nr. 281. — h) Ausländisches Recht und Handelsgebrauch. Deren nähere Substantiirung Nr. 285.

B. Allgemeine Grundsätze von den Rechten und deren Verfolgung.

Selbsthülfe. Anwendung des decretum D. Marci Nr. 144.

C. Von den Personen.

Pater est, quem nuptiae demonstrant. Statusproceß. Fassung der Beweisauflage Nr. 298.

D. Von den Sachen.

a) Universitas rerum Nr. 61. — b) Rückgabe vertretbarer Sachen Nr. 40. — c) Wie ist eine in einer fremden Münze contrahirte Schuld, deren Werth sich nicht geändert hat, zu zahlen? Nr. 106.

Hauptstück II.

Dingliche Rechte und deutsche Realgerechtsame.

1. Eigenthum. a) Eigenthum und Besitz einer Eisenbahn im Gegensatze zu deren Betrieb und Unterhaltung Nr. 159. — b) Eigenthum an einer Schirne und an dem Raum, auf welchem dieselbe steht Nr. 22. — c) Nachbarrecht bezüglich der nachtheiligen Einwirkung einer Gasfabrik Nr. 303. — d) Gesetzliche Servitut über die Höhe der Gebäude Nr. 70. — e) Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über das bei Neubauten einzuhaltende Höhenmaß auf öffentliche Gebäude Nr. 310. — f) Dispensation von Einhaltung der Baugesetze. Erfordernisse Nr. 311. — g) Behauptung, sich des Verkaufsrechts an den Waaren niemals begeben zu haben Nr. 143. — h) Beschränktes Eigenthum. Beweislast Nr. 142. — i) Setzung neuer Steine. Verjährung von 10 Jahren Nr. 269. — k) Angabe des Erwerbsgrundes beim Beginne einer dinglichen Klage Nr. 25.

2. Dienstbarkeiten. a) Servitut, auf einem bestimmten Platze einen Hackklotz benutzen zu dürfen Nr. 24. — b) Aussichtsgerechtsame. Deren angebliche Störung Nr. 195. – c) Quasi possessio sogenannter negativer Servituten Nr. 196. — d) Bestellung einer Prädialservitut von Seiten des Eigenthümers bei Gelegenheit der Parcellirung seines Grundstücks. Unterparcellirung dieser einzelnen Theile Nr. 133. — e) Die spätere Concession eines Miteigenthümers zum Erwerbe einer Servitut ist rückwirkend Nr. 29. — f) Können Handlungen, in der Meinung und Absicht der Eigenthumsausübung vorgenommen, den Quasibesitz einer Servitut und deren Verjährungserwerb begründen? Nr. 26. — g) 10, resp. 20jährige Verjährungszeit bei dem Erwerbe von Servituten. Servitutes discontinuae. Bedarf es eines Titels? Nr. 27. — h) Ununterbrochenheit des Besitzes bei der Servitutenverjährung. Accessio possessionis Nr. 28. — i) Beweisauflage bei der Servitutenersitzung Nr. 30. — k) Aufhebung einer Wegegerechtigkeit durch Anlage eines Eisenbahndammes. Geht der Entschädigungsanspruch dadurch verloren, daß der Berechtigte die Anlage ohne alle Einsprache vollenden läßt? Nr. 87.

3. Pfandrecht. a) Retentionsrecht nach § 54 der Wechsel-Ordnung von 1739 Nr. 198. — b) Pfandklage nach art. 54 der Wechsel-Ordnung vor dem forum rei sitae Nr. 19. — c) Zur Lehre von der Pfandklage. Bewegliche Sachen als Pfandobject. Veränderung des Domicils Nr. 137. — d) Pfandklage. Deren Wirkungen Nr. 218.

Hauptstück III.

Das Recht der Obligationen.

Erste Abtheilung. Das Allgemeine.

A. Verschiedenheit der Obligationen nach den Personen.

Ausnahme von der in dem Falle eintretenden Confusion, daß ein Gläubiger mehrere correaliter verpflichtete Schuldner hat und einen derselben beerbt. Bedingungen der Beneficialerbantretung. Wirkungen derselben in Bezug auf die Confusion Nr. 1.

B. Vom Gegenstand der Obligationen.

1. Zinsen. a) Verzinsung des der Gemeinschaft gehörigen Capitals. Versetzung in mora Nr. 79. — b) Commissionär. Verzinsung von dessen Auslagen. Verzicht auf diese Zinsen Nr. 176. — c) Zinsen der Wechselsumme nach englischem Rechte Nr. 189. Nr. 282. — d) Verzugszinsen sind vom Tage der außergerichtlichen Mahnung zuzuerkennen Nr. 107. — e) Verzugs- und Proceßzinsen sind indistincte vom Beginne der mora oder des Processes bis zu deren Ende zuzusprechen Nr. 78. — f) Darlehn. Fordern von Proceßzinsen statt der vertragsmäßigen. Folgen Nr. 212. — g) Juristischer, factischer Verzicht auf Zinsen Nr. 260. — h) Zinsen von Zinsen Nr. 80. Nr. 120. — i) Usurae ultra alterum tantum. Ausnahmen Nr. 177. — k) Anwachsen der Zinsen über den Betrag des Capitals ohne ruhiges Abwarten des Creditors Nr. 81. — l) Halbjähriger Abschluß laufender Rechnung mit vierteljähriger Provisionsberechnung Nr. 217. — m) Vertragsanfechtung wegen Wucher. Lieferungsgeschäft von Actien Nr. 315. (cf. unten II. Civilproceß sub F. 3)

2. Schadensersatz. a) Entschädigung wegen versäumter Erfüllung von Vertragspflichten, bedingt durch gehörige Mahnung Nr. 211. — b) Causalzusammenhang zwischen der zur Leistung eines Interesses verpflichtenden Thatsache und dem erlittenen Schaden Nr. 52. — c) Die von dem Baumeister bei einem Baue gemachten Ersparungen in Compensation mit seiner Entschädigungspflicht Nr. 132. — d) Schäden eines Arrestes. Rechtskräftig entschiedene Kosten Nr. 169. (cf. unten „Zeit der Erfüllung“ C. 2)

C. Von Erfüllung der Obligationen.

1. Gegenstand der Erfüllung. a) Wie ist eine in einer fremden Münze contrahirte Schuld, deren Werth sich nicht geändert hat, zu zahlen? § 7 des Einführungsgesetzes zur Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung betrifft nur ein jus singulare Nr. 106. — b) Rückgabe vertretbarer Sachen Nr. 40. — c) Zurückweisung theilweiser Erfüllung Nr. 150.

2. Zeit der Erfüllung. Mora accipiendi. Verbalis oblatio. Billige Frist. Wirkungen Nr. 219.

D. Von Entstehung der Obligationen.

1. Tractate. Angebote. Nebenberedungen. Mündliche Nebenabreden zu schriftlich abgeschlossenem Vertrage. Deren Allgemeinheit Nr. 162.

2. Von den paciscirenden Personen. a) Anerkenntniß einer Schuld durch den Ausschuß einer Gesellschaft Nr. 10. — b) Verbindlichmachung durch einen Stellvertreter Nr. 114.

3. Vom Gegenstande der Verträge. a) Privatübereinkunft der Ehegatten über eine factische Trennung Nr. 145. — b) Privatübereinkunft der Ehegatten über die Erziehung der Kinder. Vorzug der Mutter N. 146. — c) Uebertragung der Kindererziehung an die Mutter durch Privatübereinkunft der Ehegatten. Folgen der Nichterfüllung des Vertrags von Seiten der Mutter Nr. 147. — d) Ueberlassung von Capitalvermögen von Seiten einer Mutter an ihre durch Vormünder vertretenen Kinder, um die Erziehungskosten derselben sicher zu stellen. Kann eine exceptio doli auf dieselben Thatsachen basirt werden, wie die actio Pauliana? Nr. 32. — e) Vertrag über Prästation des dolus und der culpa. Beweislast. Nr. 124.

4. Vom Willensacte bei Verträgen. a) Uebergehen einer Provisionsforderung in der Schlußabrechnung Nr. 243. — b) Reclamation wegen Beschaffenheit der zugesandten Waare. Begriff der alsbaldigen Anzeige Nr. 262. — c) Reclamation wegen Mangel der Waare. Alsbaldige Anzeige beschränkt auf den eigentlichen Handelsverkehr. Fabricanten als Contrahenten Nr. 271. — d) Alsbaldige Dispositionsstellung, beschränkt auf den Handelsverkehr mit Waaren Nr. 223. cf. Nr. 226. — e) Auslegung der Verträge Nr. 175. — f) Einfluß der Ausstellung einer Urkunde auf den mündlich verabredeten Vertrag Nr. 4. — g) Vermuthung für die vollständige Aufzeichnung eines Geschäfts durch Errichtung einer Urkunde über dasselbe Nr. 5. — h) In der Aufstellung einer Klagbehauptung liegt kein Verzicht Nr. 24. — i) Aufhebung der Bedingung durch eine veränderte Sachlage Nr. 101. — k) Einfluß des dolus, der einen wesentlichen Irrthum hervorruft Nr. 103. — l) Vertragsanfechtung wegen dolus. In Handelsgeschäften ist das Verschweigen eines Umstandes, der den anderen Contrahenten, wenn dieser solchen gewußt, muthmaßlich von der Eingehung des Geschäftes abgehalten hätte, kein dolus Nr. 316. — m) Simulation auf unrichtige Schlußfolgerungen gegründet Nr. 291. — n) Stillschweigender Verzicht, gefolgert aus der Vornahme von Handlungen, deren Anzeige an den Gegner vorgeschrieben war, und aus der Zahlung des Pachtzinses ohne Vorbehalt und ohne Compensationsversuch Nr. 209.

5. Gewähr der physischen Mängel und angerühmten Eigenschaften. a) Wissentliche Verschweigung wesentlicher Mängel der verkauften Sache. Actio doli. Actio redhibitoria. Actio emti Nr. 279. — b) Preisminderung. Theilweiser Verbrauch der Waare Nr. 272. cf. Nr. 222. — c) Redhibition wegen nicht accordmäßiger Beschaffenheit Nr. 221. cf. vom Willensacte bei Verträgen sub b. c. d. und Wirkung der Verträge a—c.

6. Wirkung der Verträge. a) Conductio operis. Lieferung einer Maschine. Tragung der Gefahr Nr. 225. — b) Mangel der Waare. Uebergang der Gefahr Nr. 273. — c) Theilweise Dispositionsstellung Nr. 222.

E. Von der Erlöschung der Obligation.

1. Durch Compensation. a) Compensation illiquider Gegenforderungen liquiden Ansprüchen gegenüber Nr. 207. — b) Ausgleichung gegenseitiger Leistungen Nr. 13. — c) Die von einem Baumeister bei einem Baue gemachten Ersparungen in Compensation mit seiner Entschädigungspflicht Nr. 132.

2. Andere Erlöschungsarten. Ausnahme der in dem Falle eintretenden Confusion, daß ein Gläubiger mehrere correaliter verpflichtete Schuldner hat und einen derselben beerbt. Bedingungen der Beneficialerbantretung. Wirkungen derselben in Bezug auf die Confusion Nr. 1.

F. Von der Cession der Forderungen.

a. Cession eines ganzen Erbtheils Nr. 293. — b) Cession litigiöser Forderungen. Cession von Rechten, die mit Verbindlichkeiten vermischt sind. Cession an einen Mächtigeren. Angabe eines Titels für die Cession Nr. 112. — c) Der Cessionar ist berechtigt, die Vorlage des Cessionsactes zu verlangen Nr. 113. — d) Die Cession einer Forderung folgt aus dem die Uebertragung bezweckenden Rechtsgeschäfte von selbst Nr. 173. — e) Gehört Berichtigung der Cessions-Valuta zur Sachlegitimation des klagenden Cessionars? Nr. 84.

G. Von den Klagen aus der Obligation.

a) Klage wegen wissentlicher Verschweigung wesentlicher Mängel der verkauften Sache Nr. 279. — b) Ausklage einer Forderung von Seiten eines Miterben vor Theilung der Erbschaft Nr. 232.

Zweite Abtheilung. Einzelne Obligationen.

A. Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen.

(Vergl. unten Hauptstück VI.)

1. Vom Darlehn. a) Darlehn. Dessen Rückzahlung in das Belieben des Schuldners gestellt. Fordern von Proceßzinsen statt der vertragsmäßigen. Folgen Nr. 212. — b) Ablauf des Verlosungsplans bei aufgenommenen Darlehn Nr. 119. — c) Der Schuldner hat die bei Auszahlung eines Darlehns an dem Zahlungsorte entstandenen Kosten zu tragen Nr. 123.

2. Vom Kaufe. a) Kaufgeschäft. Behauptung, der Kauf sei in frembem Namen geschehen. Beweislast Nr. 139. — b) Bestimmung des Kaufpreises nach dem Preise des Weiterverkaufes Nr. 141. — c) Kauf Alsbaldiger Bezug der Waare Nr. 234. — d) Actio emti wegen wissentlicher Verschweigung wesentlicher Mängel der verkauften Sache Nr. 279. — e) Behauptung, sich des Verkaufsrechts an den Waaren niemals begeben zu haben Nr. 143. — f) Kauf. Lasten, vor dem Vollzug des Kaufes von dem Verkäufer auf das Kaufobject gelegt, begründen nur eine dilatorische Einrede Nr. 161. — g) Executionsmittel gegen den in mora accipiendi befindlichen Käufer Nr. 163.

3. Von der Sachenmiethe und Pachtung. Pachtvertrag. Verzicht auf gegenseitige Entschädigungsansprüche wegen Reparaturen und Verwendungen in die Gebäulichkeiten Nr. 208.

4. Von der Dienstmiethe und anderen nicht unentgeltlichen Dienstleistungen. a) Conductio operis. Lieferung einer Maschine. Uebergang der Gefahr Nr. 225. — b) Conductio operis. Dispositionsstellung. Approbation Nr. 226. — c) Conductio operis. Specialisirung der Mängel bei totaler Unbrauchbarkeit Nr. 227. — d) Ausgleichung gegenseitiger Leistungen Nr. 13. — e) Zeitpunct der Beendigung eines Dienstverhältnisses, bei welchem der Staat sich vorbehalten hat, die vom Dienstherrn geschehene Entlassung zu bestätigen Nr. 42. — f) Haftung des Principals für Handlungen seines Reisenden Nr 242. — g) Vom Provisionsreisenden. Dessen Provisionsforderung p. 525.

5. Von der Führung fremder Geschäfte. a) Mandat. Begründung des Mandats. Haftung der Mandatare und Geschäftsführer Nr. 118. — b) Vom Präponens und institor und vom exercitor und magister navis. *a*) Haftungspflicht des Rheders für die Versehen des Schiffers Nr. 126. — *b*) Gemeines Seerecht in Bezug auf beschränktes Haften des Rheders aus Versehen des Schiffers Nr. 127. — c) Commission. *a*) Commissions- und Speditionsverhältniß bei überseeischem Geschäfte p. 586. — *b*) Commissionsgeschäft. Beschädigung der Waare. Beweislast bei unterlassener alsbaldiger Anzeige Nr. 286. — *c*) Commissionär. Verzinsung von dessen Auslagen. Verzicht auf diese Zinsen Nr. 176.

6. Von den Obligationen aus der Rechtsgemeinschaft. a) Factische Circumstantiirung einer rechtlichen Gemeinschaft Nr. 109. — b) Gesellschaftsvertrag. Jus prohibendi des socius beschränkt auf ein facere, das mit einem damnum oder einer laesio verbunden ist Nr. 206. — c) Actio pro socio. Rechtskraft. Zinsen, die der socius für Aufwendungen aus eigenen Mitteln verlangen kann, sind, wenn nicht eingeklagt, nicht zuzuerkennen Nr. 77. — d) Verzinsung des der Gemeinschaft gehörigen Capitals. Versetzung in mora Nr. 79. — e) Anerkenntniß einer Schuld durch den Ausschuß einer Gesellschaft Nr. 10. cf. unten Hauptstück VI. 3. Handelsgesellschaften.

7. Von den Intercessionen. a) Uebernahme der Garantie für einen bestimmten Erlös aus dem Verkauf der Waare. Behaupteter Handelsgebrauch in Betreff des Ausdrucks „directer Verkauf" bei überseeischen Geschäften Nr. 274. — b) Uebernahme einer fremden Schuld. Auslegung der Haftübernahme Nr. 202. — c) Klage aus einem constitutum. Begründung der Klage Nr. 231.

B. Obligationen aus Vergehen und anderen unerlaubten Handlungen.

1. Damnum injuria datum. a) Schadensliquidation wegen Körperverletzung. Eid über die Höhe der Entschädigungssumme dem Vater des minderjährigen Verletzten auferlegt. Collision der Schadensforderung mit dem Schmerzensgelde Nr. 248. — b) Beschädigung auf dem Wassertransport. Vertrag über Präſtation des dolus und der culpa. Beweislast Nr. 124. cf. Nr. 126.

2. Obligationen aus der Störung und Entreißung des Besitzes. a) Interdictum quod vi aut clam. Voraussetzungen Nr. 312. —

b) Interdictum quod vi aut clam von Seiten des Miethers dem Eigenthümer und Vermiether gegenüber Nr. 313. — c) Interdictum quod vi aut clam. Substantiirung der Clandestinität und der Prohibition Nr. 314.

3. Von widerrechtlichen Veränderungen des Wasserlaufes. Interdictum ne quid in flumine publico fiat Nr. 197.

4. Von der Entschädigungsforderung aus dem außerehelichen Beischlafe. a) Statutencollision in Bezug auf die Alimentationsansprüche der außerehelichen Mutter Nr. 246. — b) Bis zu welchem Alter hat der Erzeuger eines unehelichen Kindes eine Beisteuer zu dessen Alimentation zu geben? Nr. 43. — c) Alimentenklage der außerehelichen Mutter. Einrede der Ernährung des Kindes durch einen Dritten Nr. 245. — d) Bestimmung der Satisfactionssumme pro defloratione Nr. 44. — e) Bestimmung der Alimente für ein uneheliches Kind und der Deflorationsgebühr Nr. 297. — f) Begründung der Größe der Alimente aus einer dreijährigen freiwilligen Alimentenzahlung Nr. 98. — Vergl. auch unten Obligationen aus der unehelichen Vaterschaft.

C. Von den übrigen vermischten Fällen der Obligationen.

1. Obligationen aus der unehelichen Vaterschaft. a) Vermuthungen für eine außereheliche Schwängerung während des Brautstandes Nr. 214. — b) Der außereheliche Schwängerer muß seine Vaterschaft anerkennen, wenn das Gericht in die Lage gesetzt werden soll, über die Vaterschaft zu erkennen Nr. 85. — c) Voraussetzungen der auf Verwandtschaft beruhenden Alimentationspflicht Nr. 34. — d) Statusproceß. Fassung der Beweisauflage Nr. 298. — e) Rechtskraft. Verhältniß des Statusprocesses zu dem Eheprocesse. Geltung des über den status einer Person einem justus contradictor gegenüber gefällten Urtheils in Bezug auf Dritte Nr. 74.

2. Obligationen aus Expropriationen. Der art. 74 der provisorischen Proceßordnung ist nicht auf Expropriationen anzuwenden Nr. 160. cf. Nr. 87.

Hauptstück IV.

Von den Familienrechten.

A. Von der Ehe.

1. Von Eingehung der Ehe. a) Eingehung der Ehe mit einer schwangeren Person als Ehenichtigkeit. Beweislast Nr. 72. — b) Einwand, der Kläger habe den Zustand vorgerückter Schwangerschaft vor und unmittelbar nach der Hochzeit erfahren und gleichwohl die Ehe fortgesetzt Nr. 73.

2. Von der Ehescheidung. a) Compensatio adulterii Nr. 46. — b) Ehescheidungsstrafe. Verbot an den schuldigen Theil sich wieder zu verheirathen Nr. 288. — c) Alimentationsbeitrag und Proceßkostenvorlage während des Ehescheidungsprocesses Nr. 47. — d) Bestimmung der Größe der provisorischen Alimente in dem Scheidungsprocesse Nr. 69. — e) Richterliches Ermessen nach Frankfurter Gerichtsgebrauch in

Betreff der provisorischen Trennung der Eheleute bei Scheidungsprocessen Nr. 68. — f) Richterliches Ermessen, den gegen provisorische Verfügungen bei Ehestreitigkeiten ergriffenen Rechtsmitteln den Suspensiveffect zu versagen Nr. 67. — g) Verhältniß des Statusprocesses zu dem Eheprocesse. Geltung des über den status einer Person einem justus contradictor gegenüber gefällten Urtheils in Bezug auf Dritte Nr. 74.

3. Persönliche Rechte der Ehegatten. a) Privatübereinkunft der Ehegatten über eine factische Trennung Nr. 145. — b) Privatübereinkunft der Ehegatten über Erziehung der Kinder. Vorzug der Mutter Nr. 146. — c) Uebertragung der Kindererziehung an die Mutter durch Privatübereinkunft der Ehegatten. Folgen der Nichterfüllung des Vertrags von Seiten der Mutter Nr. 147.

4. Kindesrechte. a) Die Vermuthung für die Legitimität eines in der Ehe gebornen Kindes setzt ein eheliches Zusammenleben der Ehegatten voraus Nr. 45. — b) Statusproceß. Fassung der Beweisauflage Nr. 298.

cf. oben Hauptstück III. Abth. II. C. 1. Obligationen aus der außerehelichen Vaterschaft.

5. Rechte in Ansehung des Vermögens. a) Verfügungsrecht des Ehemannes über das bewegliche Vermögen seiner Ehefrau Nr. 108. — b) Befugniß des überlebenden Ehegatten während seines Beisitzes die auferstorbenen Güter zu bessern Nr. 29. — c) Befugniß der überlebenden Ehefrau, das Geschäft ihres Ehemannes unter dessen Firma fortzusetzen. Widerspruch der Kinder Nr. 190.

In Betreff der Separationsrechte s. unten vom Gläubigerconcurse.

B. Von der Vormundschaft.

1. Statutencollision in Betreff der Vormundschaftsbestellung Nr. 255. — 2. Das Amt der Testamentarien richtet sich nach dem Testamente. Deren Rechnungspflichtigkeit. Ausdruck „pupillarische Verwaltung" Nr. 116. — 3. Schwurpflicht des Curators eines Geisteskranken. Diffessionseid Nr. 257. — 4. Eid über die Höhe der Entschädigungssumme dem Vater des minderjährigen Verletzten auferlegt Nr. 248. — 5. Competenz wegen Honorarbestimmung der Curatoren Nr. 135. — 6. Grundsätze über Bestimmung des Honorars für Vermögensverwaltung Nr. 136.

Hauptstück V.

Das Erbrecht.

A. Von der Delation im Allgemeinen.

Die Gesetze des Domicils entscheiden bei Regulirung des Nachlasses eines Verstorbenen Nr. 194.

B. Testamentarische Erbfolge.

1. Erbeinsetzung. Unzweifelhafte Bezeichnung des Erben Nr. 289. — 2. Erbeinsetzung. Errichtung eines Fideicommisses. Aufhebung des Fidei-

commisses durch ein Gesetz Nr. 290. — 3. Erbeinsetzung. Simulation auf unrichtige Schlußfolgerungen gegründet Nr. 291. — 4. Der bestimmten Vorschrift eines Testamentes gegenüber darf die Frage über die Absicht des Testators nicht zugelassen werden Nr. 148. — 5. Untersuchung, ob die im concreten Falle geschehene Ernennung eines Theilungsbeistandes eine Rechtsverletzung involvire Nr. 17. — 6. Das Amt der Testamentarien richtet sich nach dem Testamente. Deren Rechnungspflichtigkeit. Ausdruck „pupillarische Verwaltung" Nr. 116.

C. Erbfolge aus Verträgen.

1. Veräußerung einer Erbschaft. Einrede des dolus Nr. 294. — 2. Veräußerung einer Erbschaft im Zustande der Ueberschuldung Nr. 295. — 3. Cession eines ganzen Erbtheils Nr. 293.

D. Erwerb und Geltendmachung der Erbfolge. Rechtsmittel. Erbvertheilung. Entreißung.

1. Pro herede gestio in Betreff eines Erbschaftsgegenstandes. Nachträgliche ausdrückliche Anerkennung von Seiten einzelner Miterben Nr. 117. — 2. Ausklage einer Forderung von Seiten eines Miterben vor Theilung der Erbschaft Nr. 232. — 3. Frist zur Anfechtung eines Testamentes wegen widerrechtlich entzogener Statutgebühr Nr. 2. — 4. Anfechtung einer Theilung wegen Irrthum Nr. 149.

Hauptstück VI.

Handels- und Wechselrecht. Lotterie. Versicherungsvertrag.

1. Allgemeines. Vertragsanfechtung wegen dolus. In Handelsgeschäften ist das Verschweigen eines Umstandes, der den anderen Contrahenten, wenn dieser solchen gewußt, muthmaßlich von der Eingehung des Geschäftes abgehalten hätte, kein dolus Nr. 316. cf. Nr. 278.

2. Handelsusanzen. a) Behaupteter Handelsgebrauch in Betreff des Ausdrucks „directer Verkauf" bei überseeischen Geschäften Nr. 274. — b) Ausländisches Recht und Handelsgebrauch. Deren nähere Substantiirung Nr. 285.

3. Handelsgesellschaften. a) Conto-meta Geschäft. Angeblich Conto-a-meta Verkaufsconsignation Nr. 283. — b) Conto-meta Geschäft. Rechtsverhältnisse Nr. 284.

cf. oben Hauptstück III. 2te Abtheilung. sub 6.

4. Commission und Spedition. cf. oben Hauptstück III. 2te Abtheilung. sub 5.

5. Papiere au porteur. a) Bestimmung des gut- und bösgläubigen Erwerbs von Staatspapieren au porteur bei deren nach Frankfurter Particularrechte zulässigen Vindication. Erfordernisse dieser Vindication Nr. 54. — b) Prioritätsactien. Prioritätsobligationen Nr. 277. — c) Depotgeschäfte von Staatspapieren. Sinken des Tages-

cours Nr. 138. — d) Actienunterzeichnung. Anpreisung des Unternehmens Nr. 278. — e) Einreden aus der Person des früheren Gläubigers bei Papieren au porteur Nr. 204. — f) Ablauf des Verloosungsplans bei aufgenommenem Darlehn Nr. 119. — g) Vertragsanfechtung wegen Wucher. Lieferungsgeschäft von Actien Nr. 315.

6. Wechsel. a) Statutencollision. Klagverjährung. Wechselverjährung Nr. 180. — b) Begriff des domicilirten Wechsels. Klage aus einem im Auslande ausgestellten Wechsel Nr. 280. — c) Legitimation. Fähigkeit zum Wechselverkehr. Fähigkeit vor Gericht aufzutreten. Bevollmächtigung des Anwalts im Wechselprocesse Nr. 179. — d) § 7 des Einführungsgesetzes zur Allgemeinen Deutschen Wechselordnung betrifft nur ein jus singulare Nr. 106. — e) Aus dem Indossamente kann kein Schluß auf das zu Grunde liegende Begebungsgeschäft gezogen werden Nr. 157. — f) Nach der Wechselordnung von 1739 bleibt durch Ausstellung eines eigenen Wechsels das demselben zu Grunde liegende Schuldverhältniß unberührt Nr. 164. — g) Legitimation zur Protesterhebung Nr. 181. — h) Englischer Inlandswechsel mit Zahlungsadresse. Verbindlichkeit des Acceptanten ohne Protestlevirung Nr. 281. — i) Die A. D. W. O. hindert nicht den Richter, einem nach auswärtigen Gesetzen gültig entstandenen Regreßrechte Schutz zu verleihen. Bei englischen Inlandswechseln genügt deren Notirung zur Erhebung von Wechselklagen in Deutschland. Zinsen und Notirungsspesen nach englischem Rechte Nr. 182. — k) Nachrichtgebung von der Nichtbezahlung des Wechsels von Seiten des Wechselgläubigers an den Wechselschuldner nach englischem Rechte Nr. 183. — l) Replik des Verzichts auf die Rechte aus der nicht geschehenen Benachrichtigung Nr. 184. — m) Replik der Unmöglichkeit Nachricht zu geben Nr. 185. — n) Befreiung von aller Wechselverbindlichkeit wegen unterbliebener Benachrichtigung Nr. 186. — o) Fehlende Valutabescheinigung Nr. 187. — p) Ausfüllung des Giro nach der Protestlevirung Nr. 188. — q) Zinsen der Wechselsumme nach englischem Rechte Nr. 189. Nr. 282.

7. Lotterie. Verheurung von Loosen. Einfluß des dolus, der einen wesentlichen Irrthum hervorruft Nr. 103.

8. Versicherungsvertrag. Verpflichtung des Versicherten zur Anzeige solcher Umstände, welche auf die Beurtheilung der Gefahr wesentlichen Einfluß üben Nr. 205.

cf. auch Vertrag über Prästation des dolus und der culpa. Beweislast Nr. 124.

II. Civilproceß.

A. Auslegung der Proceßgesetze.

1. art. 34 der prov. Proceßordnung bei einer Klage aus einer Rechnung Nr. 174. Nr. 199. — 2. art. 53 sub 1 der prov. Proceßordnung Nr. 38. — 3. art. 74 der prov. Proceßordnung nicht auf Expropriationen anzuwenden Nr. 160. — 4. § 54 des Gesetzes vom 7. November 1848 Nr. 153. Nr. 154. — 5. § 55 des Gesetzes vom 7. November 1848 Nr. 55.

B. Vom Gegenstande des Rechtsstreites.

C. Vom Subjecte des Rechtsstreites.

D. Von Klagen und Einreden. Widerklagen. Intervention. Weitere Verhandlungen.

2. Von den Einreden. a) Negative Streiteinlassung. Beantwortung sämmtlicher einzelner Thatsachen in einem Gesammtausdruck Nr. 210. — b) art. 34 der prov. Proceßordnung bei einer Klage aus einer Rechnung Nr. 174. — c) art. 34 der prov. Proceßordnung. Einklagung einer größeren Anzahl verschiedener Posten. Beantwortung derselben in einer Anlage zur Einredehandlung Nr. 199. — d) Einlassung des Beklagten in Betreff fremder Thatsachen Nr. 275. — e) Kann eine exceptio doli auf dieselben Thatsachen basirt werden, wie die exceptio Pauliana? Nr. 32. — f) Kauf. Lasten vor dem Vollzug des Kaufes von dem Verkäufer auf das Kaufobject gelegt, begründen eine dilatorische Einrede Nr. 161. — g) Einreden aus der Person des früheren Gläubigers bei Papieren au porteur Nr. 204. — h) Einrede der klägerischen Zahlungseinstellung und außergerichtlichen Ueberweisung sämmtlicher Ausstände an die Gläubiger Nr. 21.

3. Von der Widerklage. Cautio de eventualiter restituendo Nr. 220.

4. Von der Intervention. Legitimation des Interventen Nr. 296.

E. Rechtshängigkeit. Ungehorsam.

1. Rechtshängigkeit. Durch einen Rechtsstreit über das Eigenthum an einer Sache, wird ein etwaiges Mitgebrauchsrecht an dieser Sache nicht in judicium deducirt Nr. 31.

2. Ungehorsam. Begrenzung der purgatio contumaciae Nr. 200.

F. Urtheil. Rechtskraft. Proceßzinsen. Proceßkosten.

1. Urtheil. a) Richterliches Ermessen, den gegen provisorische Verfügungen bei Ehestreitigkeiten ergriffenen Rechtsmitteln den Suspensiveffect zu versagen Nr. 67. — b) Richterliches Ermessen nach Frankfurter Gerichtsgebrauch in Betreff der provisorischen Trennung der Eheleute bei Scheidungsprocessen Nr. 68. — c) Muß der Richter, der auf einen nothwendigen Eid erkennt, zugleich eventuell das Endurtheil beifügen? Nr. 99. — d) Provisionalverfügung zum Schutze des Besitzes Nr. 23.

2. Rechtskraft. a) Die Frage, ob eine res judicata vorliege, ist auf dem gewöhnlichen Proceßwege, nicht aber durch ein etwaiges Declarationsgesuch zur Entscheidung zu bringen Nr. 62. — b) Rechtskraft der Entscheidungsgründe bei der Eigenthumsklage. Provisionalverfügung Nr. 23. — c) Rechtskraft. Verhältniß des Statusprocesses zu dem Eheprocesses. Geltung des über den status einer Person einem justus contradictor gegenüber gefällten Urtheils in Bezug auf Dritte Nr. 74. — d) Rechtskraft der Elemente des decisi Nr. 63. — e) Rechtskraft der Entscheidungsgründe Nr. 129. — f) Rechtskraft eines subdecisum Nr. 102. — g) Rechtskraft setzt voraus, daß eine Parthei Ursache zur Beschwerdeführung hatte Nr. 90. — h) Rechtskraft. Adhäsion Nr. 165. — i) Rechtskraft. Einfluß auf die Beweislast Nr. 244. — k) Rechtskraft. Rechnungsfehler Nr. 75.

3. Proceßzinsen. a) Proceßzinsen vom Momente der Insinuation der im präparatorischen Verfahren angestellten Klage an. Verzugs- und Proceßzinsen sind indistincte vom Beginne der mora oder des Pro-

G. Vom Beweise.

nehmen lassen Nr. 267. — m) Singularitas testium adminiculans Nr. 238. — n) Sachverständige Zeugen Nr. 264. — o) Zeugenvernehmung zum ewigen Gedächtniß. Forum Nr. 95. — p) Production neuer Zeugen nach bereits eröffneter Zeugenvernehmung Nr. 300. — q) Abermalige Zeugenproduction im Wege der Restitution Nr. 301.

8. Von dem Urkundenbeweis. a) Verbindlichkeit des Klägers zur Urkundenedition Nr. 276. — b) Urkundenedition. Besteht eine Verbindlichkeit zur Urkundenedition zum Behufe der Vertheidigung gegen Einreden? Begriff der Gemeinschaftlichkeit der Urkunden Nr. 249. — c) Edition von Briefen in jedem Proceßstadium zulässig. Antrag auf Errichtung eines Erbschaftsinventars als provisorische Maßregel statthaft Nr. 309. — d) Diffessionseid. Schwurpflicht des Curators eines Geisteskranken. Erbieten zum Aechtheitsbeweis. Zurückkommen auf den Diffessionseid Nr. 257. — e) Journal und Cassabuch als Beweismittel. Beweisantretung ohne Beilegung von Buchauszügen Nr. 230. — f) Beweiskraft der Bücher der Einkommensteuer-Commission Nr. 92. — g) Beweiskraft der in Betreff der Bannvermessung angelegten neuen Karten und Lagerbücher Nr. 269. — h) Beweiskraft der außergerichtlich erhobenen schriftlichen Versicherungen dritter Personen Nr. 263. — i) Referens sine relato Nr. 100.

9. Vom Beweise durch Eid. a) Eidesdelation über eine stillschweigende Verständigung Nr. 241. — b) Muß der Richter, der auf einen nothwendigen Eid erkennt, zugleich eventuell das Endurtheil beifügen? Nr. 99. — c) Erfüllungseid in Folge von Vermuthungen Nr. 97. — d) Erfüllungseid. Reinigungseid in Folge von Vermuthungen statt des Schiedseides Nr. 193. — e) Künstlicher Gegenbeweis. Erfüllungseid Nr. 104. — f) Erfüllungseid. Rücksichtsnahme auf das objective Beweisergebniß Nr. 240. — g) Schadensliquidation wegen Körperverletzung. Eid über die Höhe der Entschädigungssumme dem Vater des minderjährigen Verletzten auferlegt Nr. 248. — h) Nothwendiger Eid. Antrag auf Zulassung zum Erfüllungseide Nr. 213.

10. Vom Beweise durch Geständniß. a) Geständniß der Ehefrau als Beweis gegen ihren Ehemann Nr. 239. — b) Welche Erfordernisse gehören zum Widerrufe eines gerichtlichen Geständnisses? Nr. 76. — c) Geständniß. Verlangen eines Urtheils Nr. 268. — d) Qualificirtes Geständniß. Beweislast Nr. 299.

11. Vom Vermuthungsbeweise. a) Vermuthung für die vollständige Aufzeichnung eines Geschäftes durch Errichtung einer Urkunde über dasselbe Nr. 5. — b) Vermuthung des animus fraudandi Nr. 35. — c) Pater est, quem nuptiae demonstrant Nr. 45. — d) Vermuthungen für eine außereheliche Schwängerung während des Brautstandes Nr. 214.

12. Vom Sachverständigenbeweise. a) Beweisantretung durch Sachverständige. Richterliche Beurtheilung derselben Nr. 128. — b) Beweis durch Sachverständige Nr. 58. — c) Sachverständige. Deren Remotion wegen Interesse an dem Ausgange des Processes Nr. 155. — d) § 54 des Gesetzes vom 7. November 1848 ist nicht auf Sachverständige anzuwenden Nr. 154. — e) Sachverständige. Gemeinschaftliche Berathungen Nr. 253. — f) Verschiedene Ansichten der Sachverständigen, ob überhaupt einer Sache ein Werth beizulegen ist. Durchschnittssumme wegen Unthunlichkeit einer abermaligen Abschätzung Nr. 15. — g) Abweichende Taxation mehrerer Sachverständigen Nr. 105. —

h) Beweis durch Sachverständige. Zuziehung anderer Sachverständigen Nr. 130. — i) Sachverständigenbeweis. Ungenügendes Gutachten ohne Schuld des Beweisführers. Zweifel gegen die Richtigkeit des Majoritätsgutachten Nr. 304. — k) Sachverständige. Collision der Gutachten Nr. 254. — l) Sachverständige Zeugen Nr. 264. — m) Gutachten der Sachverständigen im Widerspruch mit einem Eingeständniß Nr. 131. — n) Beweis rechtzeitiger Reclamation wegen Mängel der erkauften Sache durch Sachverständige Nr. 261.

13. Vom künstlichen Beweis. Künstlicher Gegenbeweis. Erfüllungseid Nr. 104.

H. Von den summarischen Processen (außer dem Concurse).

1. Arrest und Arrestproceß. a) Begründung eines Realarrestes gegen im Auslande wohnende hiesige Bürger Nr. 92. — b) Bescheinigung des Arrestgesuches. Art. 53 sub 1 der prov. Proceßordnung Nr. 38. — c) Verlangen an die Stelle der mit Arrest bestricten Sache einen anderen Gegenstand zu substituiren Nr. 39. — d) Ein in der Appellationsinstanz auf einseitiges Gehör einer Parthei ergangenes Arresturtheil Nr. 36. — e) Schäden eines Arrestes. Rechtskräftig entschiedene Kosten Nr. 169.

2. Bauverbot. a) Ein provisorisches Bauverbot kann nur durch persönliches Erbieten des Imploranten zu dem gesetzlich vorgeschriebenen Handgelöbniß erlangt werden Nr. 71. — b) Aufhebung einer Wegegerechtigkeit durch Anlage eines Eisenbahndammes. Geht der Entschädigungsanspruch dadurch verloren, daß der Berechtigte die Anlage ohne alle Einsprache vollenden läßt? Nr. 87.

3. Insatzproceß. Im Insatzproceß hat der Insatzdebitor keine Rechtsmittel. Zahlungsbefehl im Insatzprocesse. Dessen Verhältniß zu der persönlichen Haftbarkeit des Insatzschuldners Nr. 178.

4. Besitzstreitigkeiten. Provisionalverfügung zum Schutze des Besitzes Nr. 23.

5. Provocationsproceß. a) Provocationsklage. Forum der provocirten Klage Nr. 94. — b) Forum contractus. Ist der zur Provocationsklage bevollmächtigte Anwalt als zur Annahme der provocirten Klage legitimirt anzusehen? Nr. 93.

I. Von den Rechtsmitteln.

1. Berufung. a) Wann beginnt der Lauf der Frist zur Einwendung der Appellation? Nr. 37. — b) Formalien der Appellationseinwendung gegen Zwischenbescheide, die nicht wesentlich in die definitive Entscheidung eingreifen Nr. 151. — c) Aufstellung einer bestimmten Beschwerde bei der Ausführung eines Rechtsmittels Nr. 11. — d) Competenz des Oberappellationsgerichtes in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Nr. 16. — e) Connexität der Adhäsion Nr. 7. — f) Inwieweit wird Connexität bei der Adhäsion verlangt? Nr. 3. — g) Neues Vorbringen in der Appellationsinstanz. Dessen Formalien Nr. 172. — h) Beneficium novorum in zweiter Instanz. Ablauf der Beweisfrist Nr. 237. — i) Befugniß des Oberrichters, verhandelte Streitpuncte, über die der Unterrichter noch nicht entschieden hat, zu entscheiden Nr. 168. — k) Darin, daß eine unbestrittene Thatsache zum Beweise

verstellt ist, liegt ein Grund zur Beschwerde Nr. 6. — l) Unterlassene Beibringung von Actenabschriften, denen der Suspensiveffect versagt ist Nr. 152. — m) § 55 des Gesetzes vom 7. November 1848 Nr. 55. — n) Mißbrauch des Rechtsmittels wird bei einer Frauensperson nicht gestraft Nr. 50. — o) Frivolitätsstrafe Nr. 292.

2. Restitution. a) Restitution wegen versäumter Fristen und Tagfahrten. Deren Formalien. Einrede des anderen Sachverhalts Nr. 201. — b) Restitution wegen Fristversäumniß aus eigener Verschuldung der Parthei, nachgesucht von einer Frauensperson. Concurrenz von Minderjährigen Nr. 49. — c) Restitution wegen Minderjährigkeit gegen Versäumniß der Formalien der Appellation. Fristenlauf der Restitution Nr. 308. — d) Bei dem Restitutionsgesuche genügt die Behauptung einer Läsion Nr. 60. — e) Restitution gegen entschuldbare, irrthümliche Zugeständnisse im Processe von Seiten der Vertreter der Partheien Nr. 63. — f) In integrum restitutio ex clausula generali Nr. 61. — g) In integrum restitutio ex capite erroris Nr. 65. — h) Welche Erfordernisse gehören zum Widerrufe eines gerichtlichen Geständnisses? Verjährung der in int. restitutio Nr. 76. — i) Abermalige Zeugenproduction im Wege der Restitution Nr. 301. — k) Das repertum novum bei der in int. rest. muß den Partheien gegenüber ein relevantes novum in facto sein Nr. 66. — l) Vierjährige Frist zur Einführung der restitutio ex capite novorum Nr. 59.

3. Civiladhäsion. a) In welchem Verhältnisse steht die Civiladhäsion zu dem Criminalprocesse? Nr 51. — b) Accessorische Natur der Civiladhäsion Nr. 53.

K. Executionsinstanz.

1. Ein Executionsantrag kann nur durch völlig liquide Einreden sistirt werden Nr. 41. — 2. Liquidität im Executivverfahren. Einwand im Executivverfahren, daß die Solvenz des Schuldners ungewiß sei Nr. 91. — 3. Execution in die Miethzinsen. Verzicht des Schuldners auf die Einhaltung der Executionsordnung Nr. 88. — 4. Execution in die liegenden Güter des Schuldners. Execution in die Miethzinsen Nr. 89. — 5. Executionsmittel gegen den in mora accipiendi befindlichen Käufer Nr. 163. — 6) Vollstreckbarkeit ausländischer Erkenntnisse, namentlich Rheinpreußischer. Princip der Reciprocität. Actio judicati. Abweisung derselben Nr. 305. — 7. Vollstreckbarkeit französischer Contumacialerkenntnisse. Mangel der Rechtskraft Nr. 306. — 8. Vollziehung eines auswärtigen Urtheils. Mangel der Zuständigkeit des Gerichts, dessen Urtheil vollzogen werden soll. Forum prorogatum Nr. 307.

L. Zwischenhandlungen.

1. Cautio judicatum solvi im Verhältniß zur Arrestanlage. Cautio judicatum solvi wegen drohender Gefahr, die Realisirung des künftigen Urtheils vereitelt zu sehen Nr. 251. — 2. Proceßkostencaution. Incidentverfahren Nr. 256. — 3. Edition von Briefen in jedem Proceßstadium zulässig. Antrag auf Errichtung eines Erbschaftsinventars als provisorische Maßregel statthaft Nr. 309.

Vom Gläubigerconcurse.

1. Kann eine exceptio doli auf dieselben Thatsachen basirt werden, wie die exceptio Pauliana? Nr. 32. — 2. Actio Pauliana außer dem Concurse Nr. 33. — 3. Vermuthung des animus fraudandi Nr. 35. — 4. Einrede der klägerischen Zahlungseinstellung und außergerichtlichen Abtretung und Ueberweisung sämmtlicher Ausstände an die Gläubiger Nr. 21. — 5. Veräußerung einer Erbschaft im Zustande der Ueberschuldung Nr. 295.

6. Separationsrecht. a) Wann ist in Bezug auf Güterabsonderung ein gemeinschaftlich betriebener Handel anzunehmen? Nr. 9. — b) Thätige Mitwirkung der Ehefrau in dem Geschäfte ihres Ehemannes. Ertheilung der procura an dieselbe Nr. 110. — c) Factische Circumstantiirung einer rechtlichen Gemeinschaft Nr. 109. — d) Verlust des Separationsrechtes Nr. 111.

Berichtigung.

Auf S. 657 letzte Zeile statt: Eindringen von der benachbarten lies: Eindringen von Leuchtgas aus der benachbarten.

Römer, Joh. Jac.

Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen mit Berücksichtigung der Erkenntnisse der frü heren Instanzen
Bd.: 3

Frankfurt a. M. 1861